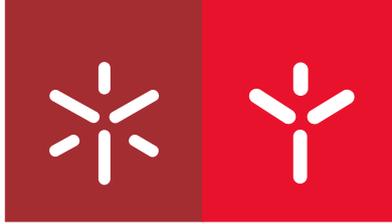


Universidade do Minho
Escola de Direito

António José Mendonça Bessa

**Acesso (efetivo) ao Emprego Público
- Garantias (in)efetivas dos candidatos**



Universidade do Minho
Escola de Direito

António José Mendonça Bessa

**Acesso (efetivo) ao Emprego Público
- Garantias (in)efetivas dos candidatos**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Isabel Celeste M. Fonseca

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

Agradecimentos

A execução da presente dissertação em muito se ficou a dever ao incentivo e impulso de algumas pessoas que muito vieram acrescentar à minha vida profissional e pessoal.

Nesse sentido, uma palavra de especial apreço, para a *mui* ilustre Professora DR^a Isabel Celeste M. Fonseca, minha orientadora e amiga, que muito contribuiu para a elaboração do presente trabalho.

Aos ilustres DR^o R.S e Dr^o Jorge Braga pela amizade emprestada e disponibilidade demonstrada.

À minha mulher e meus filhos, verdadeiras razões da minha vida, pelo incentivo dado e pelo tempo que este trabalho lhes usurpou.

Aos meus pais pelo esforço e dedicação de uma vida.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para este trabalho.

Acesso (efetivo) ao Emprego Público - Garantias (in)efetivas dos candidatos

Resumo

Com a presente tese de dissertação pretende-se criar uma solução inovadora no ordenamento jurídico nacional no âmbito do contencioso administrativo, mais concretamente no domínio do recrutamento e seleção de pessoal no seio da administração pública.

Importa ainda demonstrar como a solução legislativa dirigida a garantir a efetividade da decisão judicial a adotar se revela insuficiente.

Em causa está a possibilidade de garantir o efeito da decisão final, conjugando o regime da tutela cautelar com o regime da execução de sentenças – de tal forma que ameaçada fica a tutela jurisdicional efetiva dos particulares, bem como as suas garantias, em matérias de acesso ao emprego público.

Assim, procurou delinear-se uma solução que se pensa capaz de pôr cobro ou evitar determinados problemas que frequentemente surgem no decurso dos procedimentos concursais e posteriormente em sede de execução de sentenças.

Nesse sentido, a tutela jurisdicional efetiva e a urgência surgem pois como elementos essenciais do presente trabalho.

(Effective) Access to public employment - (In)effectives guaranties of ordinary citizens

Abstract

The present dissertation intends to provide the legal-constitutional order with an innovative solution, in particular regarding of recruits and selects process method in within the the public service.

One of the main concerns of the present thesis was to show that the solution provided by the law is clearly not enough, regarding the protection provided, as well the guaranties of ordinary citizens, in the recruitment and selects process matters.

This way, we tried to devise a solution that is able to avoid frequent problems that arise during the procedure of public tender.

This way the judicial effective remedies emerge as requisite as key elements of the present thesis.

Índice

AGRADECIMENTOS	I
RESUMO	II
ABSTRACT	III
ABREVIATURAS.....	VI
NOTA PRÉVIA.....	7
1. OBJETO DA DISSERTAÇÃO	8
2. OBJETIVO DA DISSERTAÇÃO	9
3. JUSTIFICAÇÃO DA DISSERTAÇÃO	9
4. MÉTODO CIENTÍFICO.....	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	14
1. ACESSO EFETIVO AO EMPREGO PÚBLICO	14
2. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO	15
3. CENÁRIO ATUAL - AS GARANTIAS EXISTENTES - DIREITO SUBSTANTIVO	18
3.1. <i>O artigo 47.º n.º 2 da CRP.....</i>	<i>21</i>
3.2 <i>A convergência de regimes – A tendencial interseção entre o regime jurídico da função pública e o regime laboral privado</i>	<i>24</i>
3.3 <i>Novo Arquétipo na forja - A inovação Jurisprudencial.....</i>	<i>29</i>
3.4. <i>A plasticidade necessária – A aceitação da alteração do paradigma como condição de efetivação da justiça – o concurso como regra mas não como última solução.....</i>	<i>34</i>
4. PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS	37
4.1 <i>O Princípio do Mérito.....</i>	<i>37</i>
4.2 <i>O Princípio da Igualdade.....</i>	<i>38</i>
4.3. <i>Princípio da Imparcialidade</i>	<i>39</i>
4.4. <i>Princípio da Legalidade.....</i>	<i>42</i>
4.5. <i>O Princípio da Prossecução do Interesse Público</i>	<i>43</i>
5. MODALIDADES DOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS.....	44
6. CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO – VÍNCULOS POSSÍVEIS.....	45
6.1. <i>A Nomeação</i>	<i>45</i>
6.2. <i>A Comissão de Serviço</i>	<i>48</i>
6.3. <i>O Contrato de trabalho em funções públicas.....</i>	<i>49</i>
7. OS REQUISITOS DE ADMISSÃO E AS CONDIÇÕES DE CANDIDATURA	52
8. PRAZOS E PUBLICITAÇÃO DO PROCEDIMENTO CONCURSAL	54
9. QUADRO LEGISLATIVO DOS CONCURSOS.....	57
10. <i>A jurisdição administrativa</i>	<i>60</i>
10.1 O DIREITO ADJETIVO	61
CAPITULO II	70

1.– CASOS PARADIGMÁTICOS - OS PROBLEMAS SUBJACENTES À INSUFICIÊNCIA DA TUTELA GARANTÍSTICA	70
1.1. <i>Caso Paradigmático 1</i>	70
1.1. <i>Caso Paradigmático 2</i>	77
1.3 <i>A insuficiência Garantística – problemas</i>	82
2. ARTº 50º DA PORTARIA	91
2.1. <i>A (in)pragmaticidade</i>	92
2.2. <i>Critério e âmbito de aplicação do artigo 50.º</i>	93
3. A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS	97
CAPÍTULO III	111
1. INFERÊNCIA SUMÁRIA - A IDENTIFICAÇÃO/ CONCRETIZAÇÃO DAS LACUNAS - PREÂMBULO DE UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL E CAPAZ - O DIREITO A UMA TUTELA EFETIVA	111
11. O TEMPO A URGÊNCIA E O MÉRITO	114
3. A EMERGÊNCIA DA SOLUÇÃO	118
2. A <i>SUMMARIA COGNITIO</i> COMO MODELO BASE	120
3. FUNDAMENTOS	121
4. DE IURE CONSTITUENDO	125
CONCLUSÃO	127
BIBLIOGRAFIA	133

Abreviaturas

AAE – *Ação Administrativa Especial*

AC – *Acórdão*

BEP – *Boletim de emprego público*

BFD – *Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

CJA – *Cadernos de Justiça Administrativa*

CPA – *Código de Procedimento Administrativo*

CPC – *Código de Processo Civil*

CPT – *Código de Processo de Trabalho*

CPTA – *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais*

CRP – *Constituição da República Portuguesa*

ETAF – *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*

LVCR – *Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (Estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas).*

REP – *Relação de emprego público*

TC – *Tribunal Constitucional*

TEDH – *Tribunal Europeu do Direitos do Homem*

TJ – *Tribunal de Justiça*

Nota Prévia

A presente dissertação de mestrado surge no quadro experimental da vivência quotidiana no âmbito do Direito Público, *maxime*, relativa ao acesso e ingresso dos particulares nos quadros da administração.

Nesse sentido, derivado da vivência próxima e pragmática com alguns problemas no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal, foram sendo identificadas várias lacunas sistemáticas que se traduzem numa limitação das garantias dos particulares no que tange ao acesso efetivo ao emprego público e que motivaram a escolha deste tema.

Cumprirá assim num primeiro plano identificar e analisar essas lacunas e num segundo plano oferecer aquela que se pensa ser uma solução exequível no sentido da eliminação ou atenuação das mesmas.

1. Objeto da dissertação

Com o início da vigência, no dia 1 de Janeiro de 2009 – pelo menos da maior parte do normativo - do novo regime de vinculação de carreiras e de remunerações começou um novo ciclo de gestão dos recursos humanos na Administração Pública, centrado sobretudo no equilíbrio entre a necessidade de ocupação dos postos de trabalho essenciais à execução das atividades dos órgãos ou serviços e a remuneração, de forma perene ou isolada, do desempenho dos trabalhadores que neles já exercem as suas funções.

Nesse sentido, o procedimento concursal para ocupação de tais postos de trabalho, constitucionalmente exigido, desempenha um papel fulcral na gestão do pessoal que exerce funções públicas.

Atualmente, no âmbito dos procedimentos concursais, mais concretamente no que diz respeito à contratação de pessoal, há todo um procedimento a respeitar, procedimento esse disperso por um conjunto de fases reguladas quer em diploma próprio quer em legislação avulsa.

Neste aspeto em particular, assume particular relevância a Portaria 83-A/2009, de 22 de Janeiro, entretanto alterada e republicada pela Portaria 145-A/2011, de 6 de Abril, que tem por objetivo regulamentar tal procedimento em toda a amplitude que lhe é permitida e conferida pela Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de Fevereiro.

Nesses normativos são adotadas soluções que intentam projetar princípios constitucionais e legais da liberdade de candidatura, da igualdade de condições e da igualdade de oportunidade para todos os candidatos, bem como o da imparcialidade e isenção da composição do júri.

O problema principal coloca-se quando tais princípios não são assegurados convenientemente e a tutela dos particulares não fica assegurada não podendo ser realizada quer em prazo razoável quer útil.

Frequentemente, são cometidas ilegalidades, irregularidades que “minam” alguma(s) fases destes procedimentos e conseqüentemente lesam os direitos dos particulares.

É exatamente nesse âmbito que surge o presente trabalho, *id est*, no momento em que os particulares veem as sua garantias afetadas no decurso do procedimento.

O plano incidente a tratar são pois as garantias dos particulares no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal no sector público, *rectius*, das garantias efetivas destes no acesso ao emprego

público, sem descurar os problemas que ocorrem, posteriormente, em sede de execução de sentenças.

2. Objetivo da dissertação

O presente projeto pretende espelhar, *primeiramente*, que, na configuração atual, as garantias dos particulares existentes não são suficientes e, *secundo*, que estas tão pouco se revelam capazes de concretizar uma solução adequada, rápida e eficaz aos problemas que frequentemente surgem.

De seguida, identificadas as potenciais lacunas, cumpre tentar erigir uma solução capaz, diferente da existente.

A solução que se propõe apresentar entronca na necessidade existente da criação de um mecanismo ou tramitação autónoma e demarcada da existente, que assegure uma rápida resolução (urgente) dos problemas quando estes surgem. O modelo atual existente não oferece solução idêntica à que se ambiciona com o presente projeto.

Mais concretamente, pretende-se partir do *Iure Constituto* para aquilo que pode e deve ser o direito neste plano de ação.

3. Justificação da dissertação

O motivo justificador do presente trabalho prende-se maioritariamente com a necessidade identificada do melhoramento das garantias dos particulares no acesso ao emprego público.

É nosso entendimento que o nível de proteção dos particulares no concernente às garantias não se revela capaz de proporcionar decisões em tempo real. Essas garantias não são idóneas a resolver os problemas que vão surgindo, no exato momento em que ocorrem.

Nesse sentido, entendeu-se como pertinente conjecturar um modelo processual, de cariz urgente e autónomo, que se potencia capaz de dar uma solução rápida e eficiente, concretizando deste modo o direito à tutela efetiva. Só dessa forma se poderá concretizar essa tutela efetiva,

garantindo que o particular tenha ao seu dispor todo um manancial processual de que pode lançar mão quando veja interferências ilegais na sua esfera jurídica.

A justiça quer-se em partes iguais, célere e eficaz e só assim eventualmente se poderá minimizar os danos (in)previsíveis advindos de uma justiça morosa.

4. Método Científico

Relativamente ao método adotado, a opção pela não adoção de um só método prendeu-se sobretudo com a natureza do problema a abordar, na necessidade de construir uma melhor solução.

Assim, ao longo da presente tese, poder-se-á constatar a adoção de diversos métodos científicos, com particular ênfase no método hipotético-dedutivo e no método dialético.

Introdução

O propósito da presente tese tem por base a vivência quotidiana com o regime jurídico da função pública, com especial incidência no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal, *rectius*, nos problemas que surgem no decurso deste e nas garantias ao dispor dos particulares para poderem fazer valer os seus direitos.

Frequentemente, no âmbito dos procedimentos concursais, ocorrem situações que resultam num prejuízo acentuado para todos os intervenientes - partes no procedimento - e de onde emerge, claramente, uma insuficiência das garantias efetivas dos particulares quando pretendem reagir contra atos da administração, lesadores dos seus direitos.

Independentemente de estarmos no plano procedimental ou processual, resulta que o sistema não oferece as garantias necessárias aos particulares – opositores ao procedimento – pelo menos com a celeridade, eficácia e eficiência necessária e não garante também o respeito e a consagração dos princípios que devem nortear toda a atividade da administração, *maxime*, daqueles que diretamente dizem respeito ao procedimento de recrutamento de pessoal da administração pública, nomeadamente o princípio do mérito, da igualdade, da prossecução do interesse público entre tantos outros.

É pois intenção do presente trabalho identificar algumas lacunas e problemas patentes, bem como potenciar uma solução que se pensa útil para a resolução dos mesmos.

Como ponto central, estarão pois as garantias (in)efetivas dos particulares no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal, que a espaços se revelam diminutas e incapazes de solucionar eventuais litígios desta “pré-relação” com a administração, bem como evitar os diferendos ocorridos em sede de execução de sentenças.

A presente tese será dividida em três partes distintas, correspondentes a três capítulos.

No primeiro capítulo, importará sobretudo caracterizar a relação jurídica de emprego público e descrever o regime subjacente ao acesso ao emprego público, nomeadamente na identificação dos critérios que devem balizar o procedimento concursal, os princípios informadores do mesmo bem como todas as fases que o integram.

Cumprirá depois fazer uma descrição do cenário atual, *id est*, identificar as garantias existentes atualmente, potenciando desde logo alguns dos problemas vislumbrados e evidenciados, que as mesmas não cuidam de dar solução.

Daqui se depreenderá natural e claramente qual o objetivo da presente dissertação.

Será ainda importante, neste plano, demonstrar a dificuldade de tratamento da temática abordada, na medida em que se pretende que a presente dissertação se revele como uma alternativa válida e eficiente à solução, deficiente e lacunosa, prevista no quadro legislativo atual.

É também desiderato do presente trabalho demonstrar que, na realidade, a tutela jurisdicional efetiva, arrogada pelo legislador como uma das bandeira da última reforma no âmbito do direito administrativo, é também ela lacunosa e insuficiente para cuidar de dar solução a uma panóplia de problemas frequentes, não só ao nível da constituição da relação jurídica de emprego público mas também, posteriormente, no plano da execução das sentenças.

A segunda parte, e já numa configuração mais pragmática, através da utilização de casos reais, será intento demonstrar a insuficiência da proteção dos particulares.

A este respeito importará sobretudo demonstrar que as garantias (existentes) dos particulares não são garantias efetivas ou capazes e ainda que as soluções compreendidas no ordenamento jurídico português poderão ser, a espaços, redutoras ou demasiadamente restritivas e, noutro plano, claramente insuficientes mesmo em sede de execução de sentenças.

Na mesma linha de raciocínio, procurar-se-á demonstrar que a solução que melhor se adequa à resolução dos problemas expostos passará, sobretudo, pela criação de um mecanismo processual autónomo e urgente que possa ser inserido no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, CPTA¹, sem prejuízo de uma eventual previsão ou remissão na atual portaria² regulamentadora do concursos públicos.

O objetivo final radicar-se-á pois na criação de um mecanismo urgente - e autónomo - distinto dos mecanismos atuais existentes, capaz de assegurar a real efetividade das garantias, sem descurar todos os princípios subjacentes.

Este intento afigura-se como uma tarefa árdua e certamente também passível de lacunas e insuficiências, na medida em que o Direito não é uma ciência estática, antes sujeita a constantes alterações e necessárias adaptações.

¹ aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, no capítulo IV – Dos Processos Urgentes

² Portaria 145-A/2011, de 6 de Abril.

Contudo, afiguram-se como necessárias as alterações a propor, para assegurar a mudança do paradigma atual.

O terceiro momento, compreenderá sobretudo, o avanço da solução, que se ambiciona arrojada, ainda que de difícil concretização.

Pretende-se pois que tal solução se traduza num processo inovador, que parta do *lure Constituto* e se concretize num processo legislativo reflexo *De lure Condendo*.

O objetivo passa por permitir que haja uma decisão meritória tão célere quanto útil, evitando que o procedimento, que se quer urgente e simplificado - por imperativo legal, - se prolongue indefinidamente.

Capítulo I

1. Acesso efetivo ao Emprego Público

De modo diferente do que acontece com o empregador no direito privado – que goza da plenitude de escolha no que diz respeito ao recrutamento e à seleção do trabalhador que pretende contratar, já assim não é quando o empregador seja um empregador público.³

Nestes casos, em que o empregador é um empregador público, o procedimento concursal é pois, em regra, obrigatório, sendo que esta obrigatoriedade decorre do preceito insito no n.º 2 do artigo 47º da Constituição da República Portuguesa onde é dito que todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso. Há pois, todo um conjunto de regras e procedimentos⁴ a respeitar no concernente aos procedimentos concursais.

A matéria revelou-se particularmente importante para o legislador que cuidou também de a considerar na Lei fundamental.

Assim sendo, para além dos preceito constitucionais mencionados, há todo um conjunto de princípios, também eles com assento constitucional, uma portaria regulamentadora e ainda os princípios gerais de direito administrativo a respeitar, nomeadamente, o princípio da Legalidade, da Prossecução do Interesse Público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, da Igualdade e Proporcionalidade, da Justiça e Imparcialidade, da Boa fé, da Colaboração da Administração com os particulares, da Participação⁵, entre outros.

Além das especificidades próprias da constituição desta relação jurídica, outras há subjacentes a esta relação que importa mencionar.

³ O recrutamento será obrigatoriamente feito nos termos do art.º 50º da Lei 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Para além disso, nos termos do n.º 1.º do art.º 9º da mesma lei, a relação jurídica de emprego público constituir-se-á por nomeação ou por contrato de trabalho em funções públicas.

A este propósito, tem especial relevo a Portaria 145-A/2011, de 6 de Abril, que regulamenta a tramitação do procedimento concursal nos termos do n.º 2 do artigo 54.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (LVCR).

⁴ Portaria 145-A/2011, de 6 de Abril, que regulamenta a tramitação dos procedimentos concursais

⁵ artigos 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 6.º-A, 7.º, 8.º todos do CPA

2. Caracterização da relação jurídica de emprego público

A relação jurídica de emprego público é uma relação estabelecida entre um indivíduo e uma pessoa coletiva integrada da Administração Pública⁶.

O objeto (regra) será em tudo idêntico ao do regime laboral privado, consistindo na prestação de trabalho (por um lado) com a correspondente contrapartida remuneratória satisfeita (pelo outro) por conta dessa prestação.

Difere desse regime privado, pelo facto desta remuneração constar de um normativo legal⁷ e dessa relação estar sujeita a um regime disciplinar próprio⁸, com um mínimo de denominador comum de regime jus-publicístico⁹ devido à especificidade do empregador.

Diferem ainda os dois regimes, pela especificidade inerente à relação jurídica de emprego público, às características igualmente singulares do empregador e ainda pela falta da característica da concorrência e não prossecução do lucro, como é apanágio entre relações constituídas entre privados.

Inerentemente, estão os trabalhadores, parte desta relação, também eles obrigados à prossecução do interesse público.

No plano oposto, está o “empregador” obrigado ao respeito pelos princípios constitucionais em matéria de emprego público.

Note-se que a eventual litigiosidade relativa ao emprego público, “importam aplicação dos institutos e regimes substantivos, procedimentais e processuais gerais do Direito Administrativo¹⁰” bem como tem uma especial proteção do “Direito da União Europeia, em especial, com o reconhecimento de direitos associados à livre circulação de trabalhadores e pela necessária disponibilidade nacional de meios processuais para a sua tutela efetiva. E-o, igualmente, pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que reforça a posição jurídica do trabalhador na relação jurídica de emprego público enquanto sujeito de direitos¹¹”.

⁶ NEVES, ANA FERNANDA, Tratado de Direito Administrativo Especial, cit., pp. 432.

⁷ Portaria 1553-C, de 31 de Dezembro, que aprova a tabela remuneratória única dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas.

⁸ Lei 58/2008, de 9 de Setembro – Estabelece o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas.

⁹ NEVES, ANA FERNANDA, Tratado de Direito Administrativo Especial, cit., pp. 439.

¹⁰ NEVES, ANA FERNANDA, in Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 222.

¹¹ *Idem*.

Esta é pois uma relação com especificidades muito próprias e delimitadas, em que cada uma das partes partilham um *plus* de responsabilidade em nome do interesse público.

Por conta da singularidade desta relação e considerando a especificidade do empregador, importou delinear-se, mais ou menos pormenorizadamente, toda uma tramitação que se concretizasse num modelo específico de recrutamento que balizasse o acesso ao emprego público.

A portaria 145-A/2011, de 6 de Abril, regula esse mesmo procedimento que importa obedecer aquando da necessidade de recrutar novos membros.

No entanto, frequentemente, no decurso dos procedimentos concursais, sejam eles de acesso ou de ingresso, surgem os mais variados problemas, que lesam, em especial, os particulares, seus candidatos opositores, e é nesse aspecto particular que a presente dissertação poderá assumir especial relevo, *maxime*, na resolução desses problemas.

Entende-se, nesse plano, que as garantias dos particulares são insuficientes para tutelar os seus direitos e interesses legalmente protegidos.

O(s) problema(s) fundamental que se levanta pode ser reconduzido a dois momentos fundamentais que, posteriormente, face à solução legal existente, mesmo em sede de execução de sentença, poderão levar ao desdobramento consequente de vários atos inquinados.

Os momentos referidos dizem respeito concretamente ao ato de “não admissão”¹² a um procedimento concursal ou ao momento de exclusão de um procedimento.

(Poderemos reconduzir o problema ainda a um terceiro momento, como seja o do abuso sistemático da contratação a termo dentro da administração¹³, mas que não será alvo de

¹² Entende-se ser esta a melhor expressão a utilizar na medida em que, não obstante a lei falar em lista de admitidos e excluídos, o candidato não é admitido ao procedimento concursal, não se podendo falar *strictu sensu* de um ato de exclusão.

¹³ A este respeito, a Diretiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo tem especial relevo.

A diretiva tem como objetivo a aplicação do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo, celebrado a 18 de Março de 1999 entre as organizações inter-profissionais de vocação geral (CES, UNICE e CEEP), art.º 1.º.

Este acordo-quadro, insere-se no âmbito da estratégia europeia para o emprego – como se pode ler no seu preâmbulo.

Do que mais releva para o problema convocado (recurso abusivo da contratação a termo), ficou estabelecido que as partes signatárias (objetivo art.º 1) deviam melhorar a qualidade do trabalho sujeito a contrato a termo garantindo a aplicação do princípio da não discriminação e Estabelecer um quadro para evitar os abusos decorrentes da utilização de sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo.

Especificamente, no art.º 5º do acordo quadro, «Disposições para evitar os abusos» estipula-se que *para evitar os abusos decorrentes da conclusão de sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo e sempre que não existam medidas legais equivalentes para a sua prevenção, os Estados-Membros, após consulta dos parceiros sociais e de acordo com a lei, acordos coletivos ou práticas nacionais,*

alargados desenvolvimentos por se desviar do objetivo do presente trabalho, mas que não poderia deixar de se mencionar pela conexão que tem com o mesmo.).

Assim, não tendo o candidato sido admitido ao procedimento concursal ou tendo sido posteriormente excluído no decurso de qualquer método de seleção, ou ainda tendo sido impedido de celebrar o contrato de trabalho com a administração¹⁴, cabe-lhe lançar mão das garantias consignadas legalmente, sejam elas administrativas ou processuais.

Contudo, reitera-se a ideia já avançada, essas garantias (existentes) não são suficientes e poderão, no limite, configurar soluções incrustadas de ilegalidade, a coberto da própria lei, como se demonstrará ao longo da presente dissertação, utilizando-se para o efeito alguns casos reais que expressam fielmente o que se pretende demonstrar.

Mais grave ainda são os casos em que o direito à tutela efetiva dos particulares não se concretiza verdadeiramente, porquanto não é possível a reconstituição da situação hipotética que existiria se não fosse o ato ilegal praticado pela administração.

Nestes uma eventual indemnização não é suficiente ou tão pouco aquilo que se pretende.

Logicamente que nestes casos estamos já a referimo-nos a um momento posterior, ou seja, estamos a falar em sede de execução de sentenças, na medida em que também estas se revelam incapazes de potenciar soluções concretizadoras da tutela efetiva¹⁵.

e/ou os parceiros sociais deverão introduzir, de forma a que se tenham em conta as necessidades de sectores e/ou categorias de trabalhadores específicos, uma ou várias das seguintes medidas:

- a) Razões objetivas que justifiquem a renovação dos supramencionados contratos ou relações laborais;
- b) Duração máxima total dos sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo;
- c) Número máximo de renovações dos contratos ou relações laborais a termo.

Deste acordo-acordo quadro não resulta uma obrigatoriedade. Estados-Membros preverem a conversão num contrato sem termo dos contratos de trabalho a termo e isso mesmo foi dito no Ac. Do Tribunal de Justiça, de 08-03-2012, C-251/11, Martial Huet contra Université de Bretagne occidentale.

O n.º 2 do art.º 5º deixa, em princípio, aos Estados-Membros a incumbência de determinar quais as condições em que os contratos ou relações de trabalho a termo são considerados celebrados sem termo.

No caso nacional entende-se que ao prescrever pelo menos uma das medidas estipuladas, *máxime*, ao estipular-se o número máximo de renovações dos contratos a termo, se dá cumprimento ao estabelecido no acordo-quadro.

O nosso entendimento é divergente nesta matéria, concordando com alguma jurisprudência (nacional) inovadora, como teremos oportunidade de mencionar.

¹⁴ Referimo-nos nestes casos, apenas ao momento da celebração de um contrato de trabalho em funções públicas ou ao momento da nomeação.

¹⁵ Estas ideias serão alvo de maior desenvolvimento no segundo capítulo do presente trabalho.

No seguimento do que vem sendo dito, importará primeiramente ver quais as garantias existentes no ordenamento jurídico nacional, identificar algumas lacunas e potenciar alguns problemas derivados das mesmas.

Não se deve olvidar que o problema que nos propomos a tratar se revela particularmente difícil, consequência das recentes alterações a todo o regime inerente ao funcionalismo público e também às alterações profundas operadas a nível processual¹⁶.

3. Cenário atual - As garantias existentes - direito substantivo

Com a entrada em vigor da Lei 12-A/2008 de 27 de Fevereiro¹⁷, assistiu-se a uma profunda alteração do panorama do regime jurídico do emprego público¹⁸ e a uma marcada alteração de todo paradigma do funcionalismo público, *retius*, do regime jurídico da função pública.

Nesse sentido, também a gestão dos recursos humanos no seio da administração foi alvo de reformas e reajustes com o intuito de proceder à harmonização entre as necessidades encontradas para o melhoramento da execução das atividades encontradas nos órgãos ou serviços e a ocupação de postos de trabalho para o efeito.

O procedimento concursal para a ocupação desses postos de trabalho revela-se assim essencial nessa gestão de pessoal necessária, sendo que, como já exposto, o procedimento concursal é a regra por imperativo constitucional¹⁹.

A portaria 83-A/2009, de 22 de Janeiro, foi criada no sentido e com o objetivo de regulamentar todo o procedimento concursal na amplitude que lhe foi conferida pela lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro²⁰.

¹⁶ Em referência às profundas alterações no Código de Processo dos Tribunais Administrativos, que não tendo sido tão recentes quanto as alterações ao regime jurídico inerente à função pública, ainda assim respeitam a um passado bastante recente.

¹⁷ O diploma entrou em vigor no dia 1 de Março de 2008, não obstante a maioria dos seus preceitos só ter começado a produzir efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2009, data em que entrou em vigor a Lei 59/2008, de 11 de Setembro, que Aprovou o Regime do Contrato de trabalho em Funções Públicas (RCTFP).

¹⁸ MOURA, PAULO VEIGA E – ARRIMAR, CÁTIA, comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

¹⁹ art.º 47º n.º 2 da Constituição.

²⁰ Doravante designada LVCR.

Posteriormente esta portaria viria a ser alterada pela Portaria 145-A/2011, de 6 de Abril, nos termos do n.º 2.º do art.º 54.º da LVCR.

Nos termos do preâmbulo do diploma citado, as alterações introduzidas foram no sentido de melhorar, ajustar e clarificar a aplicação dos métodos de seleção no âmbito dos procedimentos concursais.

Necessariamente a portaria tem que ser devidamente articulada com a LVCR na medida em que é esta que lhe confere toda a amplitude no conteúdo disposto.

A respeito da constituição da relação jurídica de emprego público e do disposto na LVCR, importa sobretudo conciliar com a portaria, o art.º 8.º que diz quais os requisitos relativos ao trabalhador, o art.º 9.º que indica quais as modalidades possíveis que a relação jurídica de emprego público pode assumir, o art.º 10.º e ss no âmbito específico da nomeação, o art.º 21.º e ss no âmbito dos contratos e nas modalidades que estes podem assumir e ainda, especificamente, o art.º 50.º que diz respeito ao recrutamento e ao procedimento concursal²¹.

Ainda no âmbito das alterações mais relevantes introduzidas pela portaria e considerando o disposto no n.º 4 do art.º 53.º da LVCR, na redação que lhe foi dada pela Lei 55-A/2010 de 31 de Dezembro, e com o intuito de promover uma maior agilização na tramitação dos procedimentos concursais, está a permissão da aplicação de apenas um dos métodos de seleção obrigatórios²², sempre que a relação jurídica a constituir seja por tempo indeterminado e feita a partir de candidatos detentores de uma relação jurídica de emprego público prévia, incluindo aqueles que se encontrem em situação de mobilidade especial.²³

Ainda que de modo sincrético, importará também fazer, em traços gerais, uma descrição das modalidades dos concursos, dos requisitos gerais de admissão, dos métodos e técnicas de recrutamento, das regras relativas à publicitação do procedimento, dos vínculos possíveis e dos princípios que devem informar os procedimentos concursais em particular e a atuação da administração em geral.

Dos preceitos citados, assume particular relevo o art.º 50.º da LVCR.

Quando o que esteja em causa seja a constituição de uma relação jurídica de emprego público, por tempo indeterminado, o procedimento concursal será, em princípio, interno, *id est*,

²¹ Todos da LVCR.

²² art.º 6.º da Portaria 145-A e n.º 1.º, 2 e 4 do art.º 53.º da LVCR.

²³ A mobilidade especial é regulada pela Lei 53/2006, de 7 de Dezembro, que Estabelece o Regime Comum de Mobilidade entre Serviços dos Funcionários e Agentes da Administração Pública visando o seu aproveitamento racional.

deverá começar por entre aqueles particulares que já são detentores de uma relação jurídica de emprego público previamente constituída. Isso mesmo decorre do n.º 4 do art.º 6º.

Só na eventualidade de não se conseguir(em) preencher todos os postos de trabalho necessários às necessidades permanentes do serviço, é que poderá ser autorizada a abertura de um novo procedimento concursal com o objetivo de colmatar os lugares deixados por preencher, desta feita através de trabalhadores contratados por tempo determinado ou determinável ou por outros destituídos de vínculo²⁴ algum que os ligue à administração.

Do art.º 19º da portaria emerge a necessidade da referência no aviso de abertura da obrigatoriedade de vínculo prévio à administração e sempre que tal não seja necessário, a indicação da decisão a permitir que o recrutamento se faça de entre os trabalhadores contratados ou entre os cidadãos em geral.²⁵

Além destas limitações, e independentemente da verificação da insuficiência do número de trabalhadores e não obstante ainda haver cabimento orçamental afeto ao recrutamento de pessoal, por si só, não basta para que se proceda de imediato à abertura de um procedimento concursal.

Com efeito, é ainda necessário verificar se a necessidade identificada não poderá ser satisfeita com recurso a reserva de recrutamento previamente constituída.

O objetivo do procedimento concursal para a constituição de reservas de recrutamento, uma das modalidades possíveis do procedimento concursal, visa isso mesmo, ou seja, destina-se à constituição de reservas de pessoal para a satisfação de necessidades futuras da entidade empregadora pública.

Esta “autorização”, para que o recrutamento se possa operar com recurso aos trabalhadores mencionados, sem qualquer vínculo, só é possível se se demonstrar que no serviço para o qual está ser feito o recrutamento cessaram funções pelo menos três trabalhadores por cada novo trabalhador a contratar.

Este rácio estipulado está relacionado com a redução de trabalhadores que está a ser operada no seio da administração, estando sujeito a constantes alterações.

Com isto pretende a administração limitar o ingresso de novos funcionários para os seus quadros.

²⁴ Nestes casos o concurso deixa de ser de acesso (interno), passando a ser de ingresso (externo).

²⁵ MOURA, PAULO VEIGA E- ARRIMAR, CÁTIA, cit., pp., 28, in, Comentário à Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

O princípio da igualdade determina que todo o procedimento tenha de ser obrigatoriamente publicitado no *Diário da República*, salvo quando a lei disponha em sentido diferente, como seja nos termos do estipulado no art.º 19º da portaria que obriga à publicitação do procedimento também na página eletrônica do serviço e em jornal de expansão nacional, sem prejuízo dos serviços poderem, se assim entenderem, publicitar o procedimento através de quaisquer outros meios idóneos para o efeito.

Como objetivo, pretendeu-se que a administração, ao proceder à abertura de qualquer procedimento concursal esteja adstrita ao respeito de certas e determinadas regras que balizam todo o procedimento, nomeada e designadamente no que respeita por exemplo à espécie da relação jurídica que esse mesmo procedimento visa constituir.

Por força do imperativo constitucional consagrado no n.º 2 do art.º 47º da Lei Fundamental, a constituição das relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado deve em regra ser feita por concurso.

Esta norma constitucional impõe que se faça um pequeno desvio para que se possam tecer algumas considerações tidas como pertinentes a seu respeito.

3.1. O artigo 47.º n.º 2 da CRP

O n.º 2 deste artigo reflete a ideia de que todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

O direito de igualdade no acesso à função pública confere a todos os que preencham os requisitos legais para ser trabalhador público o direito de disputar os empregos públicos. O seu conteúdo compreende, no essencial, o direito de candidatura, o direito à igualdade de tratamento e o direito a que a ordenação de mérito seja respeitada na subsequente constituição da relação jurídica de emprego²⁶.

Este direito de acesso à função pública “surge qualificado, após a 1ª revisão constitucional, não como um direito de natureza política, mas sim, como um direito de carácter pessoal, associado à liberdade de escolha de profissão e separado qualitativamente do «direito

²⁶ NEVES, ANA FERNANDA, *in*, Relação jurídica de trabalho e relação de função pública, cit., pp., 14.

de acesso a cargos públicos»...“Esta caracterização e colocação sistemática significam fundamentalmente: (a) o direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade é um verdadeiro direito subjetivo pessoal; (b) o exercício de funções públicas não está sujeito a requisitos materialmente distintos daqueles que condicionam, em geral, a liberdade de profissão”²⁷

O princípio da Igualdade consagrado neste preceito constitucional, ao postular o concurso como regra, regra esta, como muitas outras, contempladora de exceções, de modo algum se pode concretizar de forma a permitir arbitrária e discricionariamente a escolha de outras formas.

No entanto, nada invalida que efetivamente possam existir outras formas que permitam o recrutamento para a administração, como teremos oportunidade referir.

Para além deste, devem ainda convocar-se outros princípios constitucionais consagrados no art.º 266º da CRP²⁸, que delimitam e adequam toda e qualquer atuação da administração, princípios estes que aliás constam também do Código do Procedimento Administrativo, (CPA).

Neste momento e salvaguardado o devido respeito por diferentes e melhores fundamentadas opiniões, a igualdade no acesso e a regra ínsita no n.º 2 do art.º 47.º da CRP estão completamente desconjuntados quando em confronto com a realidade existente, entenda-se, realidade pragmática e não aquela que se teoriza.

A consideração do “*princípio da igualdade*” no corpo do próprio artigo, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA²⁹, visa garantir o “direito a um procedimento justo”, já admitido no art.º 267.º, n.º 5º da CRP, que, assim, refere o “concurso” a uma “*garantia institucional*” que favorece o cumprimento do Princípio Democrático e do Estado de Direito.

²⁷ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in*, Constituição da República Portuguesa, Tomo I, cit. pp., 658.

²⁸ Artigo 266.º

(Princípios fundamentais)

1...

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

²⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*

Este direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade – ainda segundo os mesmos autores, consiste principalmente em não ser proibido de aceder à função pública em geral ou a uma determinada função pública em particular, nisto consistindo a liberdade de candidatura em poder candidatar-se aos lugares postos a concurso, desde que, preenchidos os requisitos necessários, não ser preterido por outrem em condições inferiores e não permitir escolhas discricionárias³⁰ por parte da administração.

No momento da redação da presente tese, o país encontra-se a atravessar uma grave crise económica e o epicentro dos problemas está pois nessa vertente (económica).

Daí resultou, de uma forma inédita, uma espécie de “suspensão” da Constituição³¹, para que, a talho de foice, se pudessem tomar todo o tipo de medidas, que até há bem pouco tempo eram impensáveis e estariam vedadas pela proteção e garantias atribuídas pela Lei Fundamental aos particulares.

Ainda a respeito deste artigo tem o Tribunal Constitucional lido três elementos:

1 - “ *O direito à função pública, não podendo nenhum cidadão ser excluído da possibilidade de acesso, seja à função em geral, seja a uma determinada função em particular, por outro motivo que não seja a falta dos requisitos adequados à função (v. g., idade, habilitações académicas e profissionais)*³²;

2 - *A regra da igualdade e da liberdade, não podendo haver discriminação nem diferenciações de tratamento baseadas em factores irrelevantes, nem por outro lado, regimes de constituição atentatórios da liberdade;*

3 - *Regra do concurso como forma normal de provimento de lugares, desde logo de ingresso, devendo ser devidamente justificados os casos de provimento de lugares sem concurso.*

³⁰ Algumas considerações sobre a discricionariedade administrativa e procedimentos concursais, GASTEIZ, VITORIA, Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas, (1996), Oñati, Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1997.

³¹ Ac. n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional, a respeito do pedido feito ao abrigo do disposto na alínea *a)*, do n.º 1, e na alínea *f)* do n.º 2, do artigo 281.º, da Constituição da República Portuguesa, e do n.º 1, dos artigos 51.º e 62.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012, que conclui em sentido contrário à aplicação do art.º 282.º da Constituição, já que em regra a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, produz, habitualmente, efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e neste caso não aconteceu, que de acordo com o juízo maioritário, decidiu restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, limitando-os à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal de 2013 e de 2014.

³² Em clara afronta ao corretíssimo entendimento pelo TC, que se partilha, ponto 10 do procedimento concursal, Publicado no *Diário da República*, 2ª Serie, N.º 177 de 14 de Setembro de 2011, que limita a candidatura apenas a trabalhadores com remuneração igual ou superior à primeira posição remuneratória de qualquer categoria ou carreira de Assistente Técnico. Este assunto será alvo de maiores desenvolvimentos no presente trabalho.

A leitura deste terceiro elemento permite desde logo uma interpretação, do já afirmado, de que o concurso não obstante ser a regra, não é a única forma de ingresso na função pública.

O recrutamento direto pode ser uma opção (sem contrariar certos princípios) desde que seja devidamente balizado.

Entende-se nesse sentido que é possível encontrar outras vias possíveis de acesso ao emprego público, passando necessariamente a solução pela alteração do atual modelo de recrutamento.

Relativamente a estas últimas afirmações, importa demonstrar a alteração recente de paradigmas antigos, que já dificilmente se adequam à realidade atual, aparentando existir uma “descongregação de esforços” no sentido de se proceder às alterações necessárias, indubitavelmente por razões de conveniência.

Por um lado temos o legislador a tentar a equiparação de regimes, mas só na parte que lhe dá interesse.

Por outro temos a Jurisprudência, atenta, a inovar nas decisões proferidas, e bem, porque a alteração da normatividade não pode ser complacente com intentos políticos³³.

Vejamos com mais atenção o que tentamos dizer.

3.2 A convergência de regimes – A tendencial interseção entre o regime jurídico da função pública e o *regime* laboral privado

Como referido, o paradigma do regime jurídico do emprego público alterou-se a partir da entrada em vigor da Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e com a Lei 59/2008, de 11 de Setembro.

Ficou então bem patente a opção legislativa tendente à aproximação entre os dois regimes, não obstante a dificuldade que naturalmente ocorre, “porque aos evidentes traços de aproximação entre as situações do emprego público e do trabalho subordinado privado se opõem lógicas diversas de construção jurídica que inerem à inserção de cada uma destas

³³ Na mesma linha de raciocínio, PLANTEY, ALAIN, *Derecho y práctica de la función pública internacional y europea*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981, pp. 349 e ss.

situações nas duas grandes áreas da *summa divisio*³⁴ do sistema jurídico – o direito privado³⁵ e o direito público³⁶”.

Contudo, devem registrar-se algumas limitações que o legislador cuidou de impor nesta relação promíscua que tende a fazer nascer, não acurando, pelo menos de imediato, de ver que a realidades distintas devem fazer-se corresponder distintos regimes.

À partida, as semelhanças entre os trabalhadores sujeitos ao regime jurídico laboral e os trabalhadores com contratos de trabalho em funções públicas, ou – em alguns casos funcionários públicos – são evidentes, tanto do ponto de vista objetivo como do ponto de vista subjetivo, porquanto o vínculo implica a prestação de um serviço ou de um trabalho e em ambos os casos a subordinação jurídica é igualmente idêntica.

“A autodeterminação teleológica do empregador privado confere-lhe ampla autonomia no exercício dos respectivos poderes que a heterodeterminação teleológica do empregador público não permite. Aqueles princípios são garantes desta vinculação teleológica, substantivizam-na, não sendo meros limites negativos contra a discriminação³⁷”.

No entanto, é necessário ter sempre presente a característica que faz a divisão entre uns e outros, *id est*, o vínculo jurídico e os interesses em equação.

“Para o trabalhador, o que avulta é o exercício de uma atividade subordinada com as correspondentes contrapartida remuneratória e outros benefícios patrimoniais e sociais; nesta medida, para a análise da respetiva relação jurídica, o Direito laboral comum oferece “um parâmetro jurídico” útil ou inafastável³⁸”.

³⁴ Sobre as especificidades do direito da função pública, PALOMAR OLMEDA, Alberto, Derecho de la función pública : régimen jurídico de los funcionarios públicos, Publicación Madrid : Dykinson, 2003,6ª ed.

³⁵ Sobre o tema, VIRGA, PIETRO, Il Pubblico impiego, Milano : Giuffrè, 1973, 2ª ed. pp. 17 e ss

³⁶ RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, Revista da Ordem dos Advogados, Abril de 2002, “Intersecção entre o regime da função pública e o regime laboral – breves notas, cit., pp., 439.

³⁷ SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática , apud, NEVES, ANA FERNANDA, in, Relação jurídica de trabalho e relação de função pública, cit., pp., 18.

³⁸ NEVES, ANA FERNANDA, in, Relação jurídica de trabalho e relação de função pública, *sn*. Segundo Schmidt-Assamann, Eberhard, *apud*, NEVES, ANA FERNANDA, obr. cit., cit. pp., 2, “Na aproximação ao Direito laboral comum, tem-se presente a observação de Eberhard Schmidt-Assmann de acordo com a qual a “ação da Administração utilizando o Direito privado e uma orientação para os atores privados das normas válidas na ação administrativa aparecem não como expressão de uma tentativa de irrupção abusiva ou de fuga definitiva de um regime jurídico estabelecido, mas antes como meio frutífero de oferecer um parâmetro jurídico às modificações contínuas da distribuição das funções sócios-estatais e das possibilidades de cooperação que surgem com eles” – La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática, citado, p. 298 (tradução própria da versão espanhola).

Inerente ao exercício de função pública está o exercício de uma atividade segundo certos parâmetros de dever funcional, próprios desse serviço público, os quais integram o conteúdo da relação de função pública. Trata-se da relação jurídica estabelecida por um indivíduo e uma pessoa coletiva integrada no seio da administração pública ou uma entidade pública pela qual se disponibiliza, mediante o exercício de uma atividade sob a autoridade ou direção dos seus órgãos, a troco de uma remuneração e outras contrapartidas de valor patrimonial e social, a prosseguir os interesses públicos traduzidos nos seus “fins institucionais³⁹”.

Subjacente ao vínculo do emprego público está presente sempre o condicionalismo da prossecução do interesse público.

O domínio material da função pública tem um sentido valorativo específico denotado pelas ideias da igualdade no acesso, do exercício da atividade laboral de acordo com os princípios gerais da atividade administrativa, *maxime*, do princípio da imparcialidade e da vinculação do empregador, no exercício dos respetivos poderes, pelo princípio da igualdade de tratamento dos trabalhadores⁴⁰.

No entanto, em ambos os regimes, está subjacente o interesse no cumprimento da prestação por parte do trabalhador.

O regime aplicável à relação de função pública é pois, em parte, similar ao regime decorrente do Direito do trabalho. Esta proximidade reflete uma comunhão de tratamento normativo das questões de trabalho (privado e público) e a aplicação de uma disciplina unitária internacional, europeia e constitucional relativa ao trabalho mas não em tudo⁴¹.

Pense-se por exemplo no regime da cessação da relação de função pública, em que há uma proibição constitucional de despedimentos sem justa causa, sem que exista um preceito específico para o emprego público ou a afirmação na Constituição de “garantia de vitalidade do vínculo laboral da Função Pública^{42,43}”, ou ainda no regime da avaliação de desempenho do

³⁹ Cf. artigos 22.º, 23.º, n.º 4, 164.º, alínea o), 180.º, n.º 3, 181.º, 199.º, alínea e), 243.º, n.º 2, 266.º, n.º 2, 269.º, 270.º, 271.º, todos da CRP.

⁴⁰ NEVES, ANA FERNANDA, *in*, Relação jurídica de trabalho e relação de função pública, *sn*, cit., pp.,21.

⁴¹ *idem*, cit., pp 5.

⁴² No Acórdão do Plenário n.º 4/2003/T.C. – processo n.º 437/2002, o TC considerou que, quanto à segurança no emprego, os trabalhadores da função pública não beneficiam de um direito “em medida essencialmente diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral, pese embora a circunstância – que apenas pode suportar expectativas legítimas – da solidez financeira económico-financeira do Estado ser notoriamente superior à das empresas ou cidadãos seus contribuintes” *in*, DR, II Série, n.º 37, de 12-02-2003, pp., 2443.

⁴³ Sobre o tema, MOLINA GARCÍA, MÓNICA, *El Contrato de trabajo en el sector público*, Granada : Comares, 2000.

trabalhador público⁴⁴ que permite “uma diferenciação remuneratória com base na presumível ou comprovada maior qualidade de serviço ou qualificação profissional” dada pelo resultado daquela avaliação.⁴⁵

Naquilo que é, pode e deve ser comum, não causa particular celeuma que haja uma disciplina comum, nomeadamente no que diz respeito aos direitos de personalidade do trabalhador, quanto à igualdade e não discriminação, à proteção do património genético, à proteção da Parentalidade, ao estatuto do trabalhador-estudante, à segurança, higiene e saúde no trabalho, à constituição de comissões de trabalhadores, à liberdade sindical e ao direito à greve.

Principalmente com a entrada em vigor da Lei 59/2008, de 11 de Setembro, pela “contratualização” agora possível, ficou ainda mais patente a convergência a que nos referimos.

Porém, só no que interessa ao legislador, encontramos a tentativa de aproximação e correspondência entre os dois regimes, senão vejamos:

No concernente ao direito privado, dispõe a al) b do n.º 2 do art.º 147º da Lei 7/2009,⁴⁶ de 12 de Fevereiro, que aprovou o Código do Trabalho, que se converte em contrato

⁴⁴ Lei 66-B/2007, de 28 de Dezembro de 2007.

⁴⁵ A respeito da avaliação o Acórdão do TC n.º 620/2007, disse que “... o novo regime legal dá também abertura à possibilidade de trabalhadores já vinculados aos quadros poderem ver alterada a sua posição remuneratória em função da avaliação de desempenho, que significa que o sistema preconiza, não apenas em relação aos novos trabalhadores, mas também em relação aos que já estão integrados em carreiras, uma diferenciação remuneratória com base na presumível ou comprovada maior qualidade de serviço ou qualificação profissional” – ponto II.9 do Acórdão do Plenário do TC de 20-12-2007, processo n.º 1130/2007, *in*, Diário da República n.º 9 Série I de 14/01/2008.

⁴⁶ A Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, sofreu entretanto uma alteração introduzida pela Lei 3/2012, de 10 de Janeiro, no sentido de permitir renovações extraordinárias aos contratos de trabalho a termo certo. No entanto estas alterações são título transitório, na medida em que o regime previsto na lei termina a 31 de Dezembro de 2014.

As alterações mais significativas que este normativo trouxe dizem respeito à permissão que este Lei veio conceder para a celebração de contratos a termo para além do que é permitido pelo n.º 1 do art.º 148º do CT.

O n.º 1 do artigo 148.º estabelece que o contrato pode ser renovado até três vezes e a sua duração não pode exceder os 18 meses quando se tratar de pessoa à procura de primeiro emprego; Dois anos, nos demais casos previstos no n.º 4 do artigo 140.º e três anos, nos restantes casos.

Com esta renovação extraordinária passa a ser permitida com as limitações:

- 1) Só podem ser objecto de renovação nos termos da L n.º 3/2012, os contratos a termo certo celebrados ao abrigo da L n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro;
- 2) Em termos formais, apenas podem ser objeto de duas renovações;
- 3) A duração de cada renovação não pode ser inferior a um sexto da duração máxima do contrato ou da sua duração efetiva consoante a que for inferior
- d) Independentemente das regras anteriores as renovações extraordinárias não podem vigorar a 1 de Janeiro de 2015.

Em termos práticos, se tivermos perante um contrato a termo certo celebrado a 1 de Março de 2009, pelo período de um ano, objeto de duas renovações por igual período - o termo seria a 29 de Fevereiro de 2012. A 1 de Março de 2012, pode o empregador prolongar a duração do

de trabalho sem termo, aquele cuja renovação esteja em violação do disposto no art.º 148º do mesmo normativo.

Nesse sentido, em clara harmonização, dispõe o art.º 148º que o contrato de trabalho a termo pode ser renovados três vezes e essas renovações não podem exceder 18 meses quando se trate de pessoa à procura do primeiro emprego, dois anos quando se trate de alguns dos casos constantes do n.º 4 do artigo 140º - lançamento de uma nova atividade cuja duração seja incerta, bem como nos casos de laboração de empresa ou de estabelecimento que pertença a uma empresa que empregue menos de 750 trabalhadores, ou ainda nos casos que digam respeito à contratação de trabalhador à procura do primeiro emprego ou que esteja em situação de desemprego de longa duração ou noutra prevista em legislação especial de política de emprego ou três anos nos restantes casos.

Não respeitados estes prazos de renovação previstos e salvaguardadas as alterações trazidas pela Lei 3/2012, de 10 de Janeiro, a título transitório, na violação do disposto nestes arts.º o contrato celebrado (a termo) converte-se automaticamente em contrato sem termo.

Pois bem, não obstante a aproximação já mencionada dos dois regimes de âmbito laboral, de direito público e privado, neste aspeto particular, tratou sempre o legislador de nunca permitir que tal consequência se pudesse extrair quando o prevaricador fosse ou seja o estado.

Em clara contradição com os imperativos legais relativos ao direito privado, dispõe o n.º 2 do art.º 92º da Lei 59/2008, de 11 de Setembro⁴⁷, cuja epígrafe do art.º é relativa ao Termo, que pode ser apostado ao contrato, <o contrato a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto no presente Regime ou, tratando-se de contrato a termo incerto, quando deixe de se verificar a situação que justificou a sua celebração>.

respetivo contrato ao abrigo da renovação extraordinária, por um período máximo de 18 meses, podendo ser formalizado em duas renovações. O que significa que o trabalhador terá o seu contrato a termo certo a vigorar até 31 de Agosto de 2013.

Contudo, no que à conversão em contrato de trabalho sem termo do contrato de trabalho a termo certo, em que sejam excedidos os limites resultantes da lei, a mesma manteve-se inalterada.

⁴⁷ A legislação que antecedeu a lei 59/2008, de 11 de Setembro, continha igualmente esta impossibilidade de conversão dos contratos, nomeadamente o art.º 18º, n.º 4 do DL 427/89, de 7 de Dezembro e posteriormente art.º 10º, n.º 2, da Lei 23/2004 de 22 de Junho, que estabelecia a mesma regra.

No entanto já existem decisões contrárias a esta disposição, *vide* nota de rodapé nº 49 e 50º e ainda, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 39/09.0TTVLG.P1 e Proc. N.º 207/09.5TTBRG.P1 em decisões ainda mais controversas e inovadoras, *in* www.dgsi.pt.

Note-se que o *tratamento de muitas das questões atinentes à relação de função pública envolve a consideração do Direito da União Europeia relativo ao trabalho e ao emprego e da jurisprudência do TEDH que versa sobre litígios laborais públicos, os quais têm uma influência particular na aproximação dos regimes. Quanto ao Direito da União Europeia, destaca-se a aplicação da liberdade fundamental de circulação dos trabalhadores à generalidade dos empregos públicos, da qual decorre o “princípio da igualdade de acesso à função pública dos nacionais” dos outros Estados-Membros e o princípio do tratamento nacional ou da igualdade de direitos e deveres. Relevam, igualmente, as diretivas relativas ao emprego, que se aplicam também aos empregos públicos, obrigando as entidades empregadoras públicas, como é o caso da Directiva 2000/78/CE do Conselho de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, da Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, e da Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos*⁴⁸.

3.3 Novo Arquétipo na forja - A inovação Jurisprudencial

No entanto, já é possível encontrarmos soluções distintas e em sentido oposto na jurisprudência mais recente.

No sentido da não conversão dos contratos a termo, um Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁴⁹, veio dizer que *[...se se permitisse a conversão num contrato sem termo, significaria um vínculo definitivo à função pública ao arrepio do ordenamento jurídico ..., ofendendo-se assim também o princípio constitucional constante do Art.º 47º, n.º 2 da CRP...]*.

No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto⁵⁰, *[...a conversão da contratação a termo (por nulidade da estipulação do termo) em contrato de trabalho sem*

⁴⁸ NEVES, ANA FERNANDA, in, Relação jurídica de trabalho e relação de função pública, *sl*, cit., pp. 6-7.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 1250/04, de 13/05/2004, in, www.dgsi.pt.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 0847551, de 16/03/2009, in, www.dgsi.pt.

termo, quando a admissão do trabalhador não foi precedida do processo de recrutamento e selecção dos candidatos que garanta o acesso em condições de liberdade e igualdade, seria inconstitucional por violação do art.º 47.º, n.º 2, da CRP...].

No caminho oposto, e sem dúvida alguma inovador, já existem decisões em que esta conversão do contrato se operou, decisões estas apoiadas na Diretiva Comunitária 1999/70/CE, de 28/06/1999, do Conselho.

O Art. 2º, al. n) da Lei Preambular ao Código do Trabalho, determina que com a aprovação do Código do Trabalho é efectuada a transposição da aludida Directiva Comunitária, respeitante ao Acordo-Quadro CES, UNICE e CEEP relativa a Contratos de Trabalho a Termo.

Nesse Acordo-Quadro, foram definidas medidas de prevenção do recurso abusivo à contratação a termo, sendo tais medidas aplicáveis quer às relações laborais estabelecidas no setor público, quer às relações laborais estabelecidas no setor privado, i. é, não se estabelecendo qualquer diferenciação quanto à natureza pública ou privada do empregador.

Não obstante, o legislador ordinário ao prescrever, inicialmente, no art.º 18º, n.º 4º, do D.L. 427/89, de 07/12 e, posteriormente, no art.º 10º, n.º 2 da Lei 23/2004, de 22/06, que o Contrato de Trabalho a termo celebrado por pessoas coletivas públicas (empregador público) não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, vincou essa distinção.

No entanto, será admissível essa conversão se o empregador for uma entidade privada.

Ora, impõe-se que se estabeleça um juízo de concordância prática entre as normas em litígio, sob pena de na contratação pública se permitir o recurso abusivo à contratação a termo⁵¹. Além disso, essa distinção, desrespeita também as medidas de prevenção do recurso abusivo à contratação a termo (art.º 5º do referido Acordo-quadro).

⁵¹ A respeito, Ac. do Tribunal de Justiça, de 08-03-2012, C-251/11, Martial Huet contra Université de Bretagne occidentale, Política social - Diretiva 1999/70/CE - Acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo - Artigo 5.º, n.º 1 - Contratos de trabalho a termo sucessivos - Medidas para evitar a utilização abusiva de tais contratos - Conversão do último contrato a termo num contrato sem termo - Obrigação de retomar sem alterações as principais cláusulas do último contrato a termo, em que se decidiu que o Acordo-quadro deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro que prevê na sua regulamentação nacional a conversão dos contratos de trabalho a termo num contrato de trabalho sem termo, quando os contratos de trabalho a termo tenham atingido uma certa duração, não é obrigado a impor, no contrato de trabalho sem termo, que as cláusulas principais que figuravam no contrato precedente sejam retomadas sem alterações. Todavia, a fim de não pôr em causa os objetivos prosseguidos pela Diretiva 1999/70 e o seu efeito útil, esse Estado-Membro deve velar por que a conversão dos contratos de trabalho a termo num contrato de trabalho sem termo não seja acompanhada de alterações substanciais das cláusulas do contrato precedente, num sentido globalmente desfavorável à pessoa interessada sempre que o objeto da missão desta e a natureza das suas funções permaneçam inalterados, ou ainda Ac. de 26-01-2012, C-586/10, Bianca Kucük e Land Nordrhein-Westfalen, Ac. de 23-04-2009, processos apensos C-378/07 a C-380/07 Kiriaki Angelidaki e o. c. Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis (artigos 5.º e 8.º do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo – contratos de trabalho a termo no sector público – primeiro ou

O Estado Português, sendo um Estado aderente daquele Acordo, está obrigado a definir medidas concretas que punam o recurso sucessivo à contratação a termo, quer no setor público, quer no setor privado.

A prevalência da referida Diretiva Comunitária, que se pretende fazer valer no âmbito da contratação na administração, não ofende os princípios do Estado de Direito Democrático (art.º 8º, n.º 4.º da CRP), nem o aludido Acórdão do T. C. e a sua força obrigatória geral, pois à data da sua prolação ainda não tinha sido introduzida a alteração ao art.º 8º da CRP (Lei Constitucional n.º 1/2004 – 6ª revisão constitucional que acrescentou o n.º 4, ao art.º 8º da CRP).

Assim, por força da Diretiva referida em conjugação com o art.º 53º da Constituição deverá ser permitida, em casos como o descrito, a conversão dos contratos a termo em contratos sem termo.

E foi isso mesmo que sucedeu em pelo menos dois casos⁵² ocorridos no nosso ordenamento jurídico.

Os Autores celebraram com um Hospital do Setor Público, contratos a termo certo sucessivamente renovados até 31/07/2010. Por via daqueles contratos, que iam sendo sucessivamente renovados, ora com a categoria profissional de Auxiliar de Ação Médica, ora

único contrato – contratos sucessivos – medida legal equivalente – diminuição do nível geral de protecção dos trabalhadores – medidas para evitar os abusos – sanções - proibição absoluta de conversão dos contratos de trabalho a termo em contratos por tempo indeterminado no sector público – consequências da transposição incorrecta de uma directiva – interpretação conforme, Ac. de 07-09-2006, C-53/04, Cristiano Marrosu e Gianluca Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate Artigos 1.º, alínea b), e 5.º do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo - Constituição de uma relação de trabalho por tempo indeterminado em caso de violação das regras que disciplinam os contratos de trabalho a termo sucessivos - Possibilidade de derrogação no caso de contratos de trabalho celebrados com a Administração Pública, em que se decidiu que O acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo, celebrado em 18 de Março de 1999, anexo à Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe, em princípio, a uma legislação nacional que exclui, em caso de abuso decorrente da utilização de contratos ou relações de trabalho a termo sucessivos por uma entidade patronal pública, que os referidos contratos se convertam em contratos ou relações de trabalho por tempo indeterminado, mesmo quando essa conversão está prevista para os contratos e relações de trabalho celebrados com uma entidade patronal privada, sempre que essa legislação preveja outra medida eficaz para evitar e, sendo caso disso, punir a utilização abusiva de contratos a termo sucessivos por uma entidade patronal do sector public, Ac. de 04-07-2006, C-212/04, Konstantinos Adeneler e o. c. Ellinikos Organismos Galaktos (“Directiva 1999/70/CE – artigos 1.º, alínea b), e 5.º do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo – contratos de trabalho a termo sucessivos no sector público – conceitos de ‘contratos sucessivos’ e de ‘razões objectivas’ que justificam a renovação desses contratos – Medidas destinadas a evitar abusos – sanções – alcance da obrigação de interpretação conforme; Todos em <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 734/08.1TTVNG.P1, de 03/05/2010

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 375/08.3TTGDM.P1, de 23/02/2010, confirmado pela Decisão Sumária n.º 329/2010, do Tribunal Constitucional.

com a categoria profissional de Auxiliar de Apoio e Vigilância, o certo é que desde a data do primeiro contrato a termo certo até 31/07/2010 (data em que o Hospital, Réu, faz operar a caducidade de tais contratos), contabilizou-se uma duração temporal da relação jurídico-laboral entre os AA. e R. de quase 11 anos, verificando-se no total 13 renovações.

Em todo este período, os AA. exerceram funções ao serviço do Hospital R., de forma constante e ininterrupta, mediante retribuição, em regime de subordinação jurídica, hierárquica e económica, sujeitos a horários de trabalho, exercendo as suas funções única e exclusivamente nas instalações do R., utilizando para tal os meios e instrumentos lá disponibilizados. Perante tais circunstâncias, conclui-se pela existência de relações jurídico-laborais por tempo indeterminado entre AA. e R.

Verificou-se pois que o R. utilizou de forma abusiva a contratação a termo para suprir necessidades permanentes e diárias próprias das suas atribuições. Importa ainda referir que os contratos em causa foram celebrados ao abrigo do art.º 18º, n.º 3, do DL 11/93, de 15/01, o qual determina que o R. poderia ter recorrido à contratação a termo apenas para assegurar a satisfação de necessidades transitórias, esporádicas e urgentes, o que, manifestamente, não foi o caso dos AA. Excedendo-se como se excedeu também o limite de duração prescrito pelo art.º 18º-A, do mesmo diploma legal (prazo máximo de seis meses, renovável por iguais períodos mediante despacho do Ministro da Saúde, não podendo a sua duração total exceder o prazo de dois anos).

Concluiu-se, assim, pela nulidade dos termos apostos nos contratos celebrados por violação das normas legais referidas.

A questão consistirá em saber qual a consequência jurídica da nulidade dos termos.

Poderá admitir-se a consequência jurídica da obrigatoriedade de reconhecimento aos AA. de uma relação jurídico-laboral sem termo?

Pela factualidade exposta, defende-se que esta jurisprudência inovadora será certamente a posição a adotar futuramente em todos os casos em que se verifique o recurso abusivo na contratação a termo.

Entende-se ainda que a não adopção de medidas de prevenção do recurso abusivo à contratação a termo, bem como a não aplicabilidade da Diretiva Comunitária 1999/70/CE, de 28/06/1999, do Conselho, viola flagrantemente o princípio ou direito constitucional à

segurança no emprego, consagrado no art.º 53º da CRP⁵³, pelo que se, anteriormente a norma do n.º 4, do art.º 18º, do DL n.º 427/89 e posteriormente a Lei 23/2004, no seu art.º 10º, n.º 2, e depois ainda o art.º 92º n.º 2 da lei 59/2008, previram expressamente a não conversão dos contratos de trabalho a termo celebrados por pessoas coletivas públicas, em tempo indeterminado por considerar contrário ao princípio do art.º 47º, n.º 2, da CRP, há que ponderar os interesses em conflito, através de um juízo de proporcionalidade, já que do lado oposto se encontra o princípio da segurança no emprego, consagrado no art.º 53º da CRP.

Para que se possam harmonizar tais interesses e num critério de concordância prática e proporcionalidade, e uma vez que o concurso não deve ser visto como a única via de acesso à função pública, deveria aplicar-se a Diretiva 1999/70/CE, em conjugação com o art.º 53º da Constituição e, ainda, em coerência com o princípio da lealdade europeia prevista no art.º 10º do TCE, e, atualmente no art.º 4º, n.º 3 do Tratado de Lisboa.

Partilha-se igualmente a opinião que a aplicabilidade de tal Diretiva não ofende os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático nem o Acórdão do T.C. 368/2000 e a sua força obrigatória geral.

Neste sentido, a conversão dos contratos de trabalho a termo resolutivo certo em contrato de trabalho por tempo indeterminado, quando ultrapassado o limite máximo de renovações, é uma obrigação imposta que os Estados Membros têm que respeitar, quer quando investidos nos papéis de empregadores, quer no setor privado, salvaguardando assim o Direito à Segurança no emprego (art.º 53º da Constituição).

O trabalhador que vê o seu contrato repetida e indefinidamente prolongado, para além do que o normativo legal permite, vai solidificando um *status quo*, não podendo ficar interminavelmente no plano das meras expectativas.

Não pode nem deve a administração ignorar os direitos adquiridos inerentes ao exercício, durante anos, das mesmas funções.⁵⁴

E não se trata apenas de reconhecer o direito à remuneração devida ou às funções desempenhadas. Trata-se, antes sim, de criar soluções que obriguem a administração, ao reconhecimento objetivo, da condição de “Trabalhador Efetivo” nos seu quadros, nomeadamente na alteração do vínculo precário, fruto do abuso manifesto sucessivo da AP.

⁵³ CANOTILHO, J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I – Arts. 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, 2007 (Anotação aos Arts.º 8º, 47.º e 53.º)

⁵⁴ Em sentido diverso FERNANDEZ DOMINGUEZ, JUAN JOSÉ, *in*, *Acesso y movilidad de los funcionarios*, Escola Galega de Administración Pública, pp. 124 e ss.

Patente, para já, fica o conflito emergente, numa solução que tem tanto de arrojada como de melindrosa.

Por um lado a estipulação legal geral, a regulamentação constitucional e por outro, o princípio da igualdade.

Para concretizar o princípio da igualdade, *maxime*, tratando “igual como igual o que é igual e como desigual o que é desigual”, a solução reclamada, reitera-se, passa por criar mecanismos que obriguem e punam a administração pelas ilegalidades cometidas.

Contudo, o princípio da igualdade não pode ser interpretado como um princípio absoluto, sob pena de encerrar em si mesmo uma desigualdade patente.

Em nome da certeza e da segurança jurídica, das legítimas expectativas criadas, não pode a administração positivizar soluções, para de seguida, reiteradamente, as violar.

O princípio da eficácia, da justiça e da tutela *efetiva* reclamam outras soluções.

Importa ainda enquadrar esta questão à luz dos dois principais diplomas que regulam a relação de emprego público: Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e Lei 59/2008 de 11 de Setembro.

O RCTFP mantém, no essencial, o regime do contrato de trabalho a termo resolutivo que se encontrava consagrado na Lei 23/2004, de 22/06 – arts.º 92º, n.º 2, 93º, 103º e 104º do RCTFP. Reitera-se assim que a Diretiva 1999/70/CE⁵⁵ não exclui do seu âmbito de aplicação o trabalho a termo em funções públicas (art.º 2º do Acordo Quadro).

Neste sentido, da jurisprudência recente do TJCE, resulta que as disposições do acordo quadro também se aplicam aos contratos e relações de trabalho a termo celebrados com o sector público.

3.4. A plasticidade necessária – A aceitação da alteração do paradigma como condição de efetivação da justiça – o concurso como regra mas não como última solução.

⁵⁵ MACHADO, SUSAN SOUSA, *Contrato de Trabalho a Termo A Transposição da Directiva 1999/70/CE para o ordenamento jurídico português: (In)compatibilidades*, Coimbra Editora, 2009, págs 289 a 325;

PIRES, MIGUEL LUCAS, *O Contrato individual de trabalho na Administração Pública*, Coimbra Editora, 2006, cit. pp., 214 e ss.

Como vimos, tem sido entendimento da jurisprudência, pelo menos de alguma, que não obstante o preceituado no n.º 2 do art.º 47.º da Lei Fundamental que prescreve que todos têm o direito de acesso à função pública em condições plenas de igualdade e de oportunidade, este acesso será em regra feito através de procedimento concursal. No entanto, nem sempre este será o único meio de o conseguir.

Com efeito, a inovação jurisprudencial mencionada, apenas claudica, em nosso entendimento, por tardia e ainda pouco expressiva.

Na realidade, há necessidade de fazer um balanço e ponderação dos efeitos que as decisões referidas lograram de obter no panorama jurídico, no sentido oposto ao que sempre vinha sendo o entendimento da jurisprudência.

É manifesto que tem havido ao longo dos anos um abuso continuado no que respeita à contratação pública, *maxime*, nos contratos a termo.

Independentes de todo o manancial legal, os contratos a termo são renovados sucessivamente muito para além do permitido pela lei, e mais além ainda do razoável.

A certeza e segurança jurídica dos trabalhadores, a harmonização do Direito Nacional com o Direito Europeu, têm sido relegadas para um plano secundário e desconsideradas ao sabor das necessidades.

Não espanta pois, pelo menos aos mais atentos, a alteração ainda que escassa das decisões jurisprudências a respeito. E como entendeu o Tribunal da Relação do Porto, não se trata do acesso à função pública.

Como se viu, os trabalhadores em questão já exerciam as suas funções dentro do seio da administração há vários e longos anos, criando uma relação de confiança que aumentou de ano para ano, mas sempre sem a certeza necessária e exigida, porque simplesmente o seu vínculo, a partir das renovações permitidas estaria ferido de legalidade, porquanto o legislador assim o definiu no regime jurídico da função pública, em sentido claramente contrário ao que instituiu no regime laboral privado.

Faltarão apenas que haja um entendimento geral convergente no seio da jurisprudência, de modo a que pelo menos se possam retificar todas ou pelo menos grande parte das relações jurídico-laborais constituídas à margem da Lei.

Desta forma, a alteração do paradigma configura-se como uma das soluções necessárias e possíveis para uma efetivação da justiça, reequilibrando assim uma relação que já se sabe desigual à partida, porque o tem de ser, mas que só por isso não tem de ser ilegal.

Tanto mais que o Direito Europeu “obriga” à harmonização, tanto quanto possível, dos conteúdos nacionais em matéria de trabalho, independentemente desta se reportar ao espaço público ou privado.

A decisão, inovadora, do Tribunal da Relação do Porto, viria a ser confirmada pelo tribunal Constitucional que não conheceu o recurso interposto pelo Ministério Público, nos termos do art.º 280.º, n.º 1 a) da CRP e do art.º 70.º, n.º 1 a) da Lei do Tribunal Constitucional (na redação dada pela Lei 13-A/98, de 26 de Fevereiro).

Este resultado vem em sentido contrário à jurisprudência, com força obrigatória geral, fixada pelo Acórdão do TC n.º 361/00, de 11 de Julho de 2000⁵⁶, que se pronunciou pela inconstitucionalidade da interpretação que contrariasse a nulidade e consequente proibição de conversão em relação jurídica sem termo dos contratos de trabalho em funções públicas a termo, mesmo que celebrados em violação das regras que determinam esse termo⁵⁷.

Na esteira do que defende Ricardo Sousa da Cunha⁵⁸, “esta alteração merece atenção mais detida por, potencialmente, significar a confirmação da emergência de uma nova legalidade administrativa europeia”.

Obviamente, pela alteração paradigmática que a nova interpretação e solução avançada traz, relativamente à jurisprudência tradicional do Tribunal Constitucional, a aplicação deste Diretiva não é pacífica ou tão pouco consensual, e, invariavelmente, quando solicitada a decidir relativamente à conversão de relações jurídico-laborais de natureza contratual com entidades públicas em relações jurídico-laborais sem termo, a jurisprudência concluía que, por violação do imperativo constitucional constante no n.º 2 do art.º 47º da Constituição, essa conversão era inconstitucional.

As alterações ao paradigma e o novo sentido jurisprudencial, além de fazerem todo o sentido, são necessárias à efetivação da justiça.

O único senão será porventura o ritmo demasiadamente lento com que estão a ocorrer, não acompanhando o ritmo imposto pelas alterações.

⁵⁶ Publicado no DR 1.ª-A Série, n.º 277, de 30.11.2000, que confirma a jurisprudência do anterior Acórdão n.º 683/99, de 9.11.1999, no Proc. 734/08.1TTVNG.P1, ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

⁵⁷ RICARDO SOUSA DA CUNHA, in Artigo, *s.n.*, A RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO CONFORME O DIREITO DA UE E À MARGEM DA CONSTITUIÇÃO? - A proibição de abuso na contratação a termo em funções públicas como expressão do Direito Administrativo da União Europeia –

⁵⁸ *Idem*.

Aparte estes desvios, e retomando a linha de raciocínio do que começou no ponto 3, há ainda um conjunto de princípios que importa considerar, a respeito, particularmente, da elaboração e desenvolvimento dos procedimentos concursais e que de um modo geral devem pautar toda a atividade da administração.

4. Princípios informadores dos procedimentos concursais

4.1 O Princípio do Mérito

Na área dos Recursos Humanos da Função Pública (mais concretamente no que respeita ao recrutamento e seleção do pessoal) o princípio do mérito⁵⁹ assume especial relevo.

“O princípio do mérito postula objetividade no exercício dos poderes do empregador público, isto é, a justificação das respetivas opções à face dos interesses públicos a seu cargo e das características dos empregos públicos”⁶⁰.

Implica, entre outras coisas, que se relativize o desempenho funcional do trabalhador, bem como o comportamento que este demonstre no cumprimento dos deveres e obrigações inerentes ao cargo e função que exerce.

Em sede de recrutamento este princípio vai refletir-se em patamares *multilevel*.

É ele que vai balizar e definir os padrões adequados e desejados na perspetiva de um desempenho capaz e ajustados à concretização e efetivação das funções a desempenhar.

Este princípio tem na sua génese, e como preocupação principal, a ideia de afastar o sistema de despojos⁶¹ que fazia depender a entrada na função pública do poder político.

⁵⁹Sobre o princípio do mérito, JUAN JOSÉ, Fernández Domínguez, El acceso al empleo público, Madrid, Centro de Estudios Financieros e ainda PASTOR, JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA, Funcion pública Comunitária, Madrid : Marcial Pons, 2000, pp. 198 e ss.

⁶⁰, TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL, cit, pp., 428.

⁶¹ Spoils System consistia numa Prática corrente nos Estados Unidos, em que determinado partido após ganhar as eleições colocava nos cargos de poder pessoas que tinham apoiado a sua candidatura, num total contraponto com o sistema de mérito. Sobre o tema, BERMAN, EVAN M.; BOWMAN, JAMES S., Human Resource management in Public Service – Paradoxes, Processes, and Problems, Second Edition – Sage Publications, inc, 2006 – pp. 93 e ss

Podemos afirmar que este princípio influenciou o estatuto dos funcionários públicos, traduzindo-se nomeadamente na criação de exames como norma para entrar na função pública, solução que aliás deve ser louvada, pois só assim se consegue uma maior transparência e igualdade bem como uma mais fácil e justa seleção dos melhores.

O objetivo é claro, consistindo em recrutar a pessoa certa para o lugar certo, permitindo, em condições de igualdade, que a generalidade das pessoas, reunindo determinados requisitos, possam concorrer ao mesmo nível nas mesmas condições. Quanto maior a abertura, maior a possibilidade de escolha por parte da administração das pessoas certas para o lugar certo.

É o mérito que está em causa quando se submete o trabalhador ao período experimental, e que permitirá aferir da sua aptidão ou inaptidão, sendo que é também o mérito que está em causa na avaliação de desempenho⁶².

Consequentemente e intrinsecamente ligado a este princípio, surge o princípio da Igualdade de Acesso, também ele com o intuito de permitir que o número de candidatos seja o mais alargado possível⁶³.

4.2 O Princípio da Igualdade

Este princípio informador de todos os procedimentos concursais e que deve também pautar todas as relações em geral, sejam estas no domínio do direito público ou do direito privado, previsto no artigo 13º da Constituição⁶⁴, e no art.º 5º do CPA e CPTA, traduz a ideia de que na sua relação com os particulares, a administração não pode privilegiar, beneficiar ou privar de direito algum os administrados.

⁶² Atualmente a avaliação de desempenho dos trabalhadores que exercem funções públicas está regulada pela lei 66-B/2007 de 28 de Dezembro.

⁶³ Em Portugal, a título de exemplo e entre outros, existe um afloramento deste princípio, ao estabelecer-se um sistema de quotas para deficientes (decreto-Lei n.º 29/2001, de 03 de Fevereiro).

Assim, encontra-se prevista uma quota de emprego até 5% do total de trabalhadores na Administração Pública. Os beneficiários deste sistema de quotas são as pessoas com deficiência (orgânica, motora, visual, auditiva, mental ou de paralisia) com grau de incapacidade igual ou superior a 60%, que possam exercer, sem limitações funcionais a atividade a que se candidatam.

Este sistema de quotas será de aplicar, aos concursos para integração de trabalhadores nos serviços e organismos da Administração Central e Local, bem como nos Institutos Públicos que revistam a natureza de serviços personalizados do estado.

⁶⁴ “A igualdade proclamada é uma igualdade perante a lei, sendo corolário imediato deste a igualdade no acesso à função pública, em regra por via de o concurso” Jorge Miranda - Rui Medeiros, Constituição portuguesa anotada, TOMO I, págs. 120-122

Em conexão estreita surge o princípio da Igualdade de oportunidade, que implica a proibição de discriminações baseadas em qualquer tipo de preferências, privilégios ilegítimos e ou arbitrários.

Está assim a administração, pela vinculação a este princípio, obrigada a tratar de modo igualitário todos os particulares nas relações que mantém com eles.

Já quanto à igualdade de tratamento, e na esteira do que realçam Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶⁵, não fica proibida, na totalidade, «toda e qualquer diferenciação de tratamento, desde que razoavelmente fundada e destinada a proteger um valor ou interesse constitucional».

Se esta estiver devidamente fundamentada, não se vislumbram motivos justificativos para a não diferenciação, até porque, na génese deste princípio sempre estará presente a máxima que “se deve tratar aquilo que é igual como igual e o que é desigual como desigual”, pois só assim se concretiza melhor o preceituado por este princípio.

Pense-se por exemplo no tratamento preferencial de deficientes ou na total preferência atribuída a trabalhadores que se encontrem em situação de mobilidade.

Logicamente que nestes e noutros casos excecionados por Lei, não causa nenhuma afronta aos princípios referidos supra, porquanto a diferenciação feita tem toda a razão de ser e encontra-se perfeitamente justificada.

4.3. Princípio da Imparcialidade

Sempre presente deve também estar o princípio da Imparcialidade. Este princípio significa que “a *Administração Pública deve harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afectados*¹⁶⁶”.

⁶⁵ Constituição da República Portuguesa anotada, cit, pp. 660, no mesmo sentido vide JORGE MIRANDA – RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa. Tomo I, Coimbra Editora, 2006.

⁶⁶, AMARAL, FREITAS DO, *in*, Direito Administrativo, V.II, cit.pp., 201 (itálico nosso).

“O princípio da imparcialidade, do mesmo passo que visa pôr o administrado a salvo de decisões iníquas, quer proteger a confiança dos cidadãos na capacidade de a Administração tomar decisões justas.

Assim, a transparência é uma dimensão fulcral e preventiva daquele princípio, ao impor aos agentes administrativos que atuem por forma a projetarem para o exterior uma imagem de objectividade, isenção e equidistância em relação aos interesses em presença”⁶⁷.

Este princípio comporta três corolários que se desdobram em três princípios: princípio da justiça "stricto sensu", princípio da igualdade e princípio da proporcionalidade. Segundo o princípio da justiça "stricto sensu" todo o ato administrativo praticado com manifesta injustiça, ou seja, quando a Administração impuser ao particular um sacrifício de direitos infundado ou desnecessário, ou usar de dolo ou má fé, é ilegal.

Este princípio da justiça vem também consagrado no atual art. 6º do CPA.

A este propósito refere a Maria Teresa de Melo Ribeiro⁶⁸ "(...) a *Imparcialidade* significa, antes demais, *objectividade*. *Objectividade* no procedimento, *objectividade* na escolha dos meios destinados à satisfação das necessidades públicas, *objectividade* na decisão, *objectividade* na execução, *objectividade* na organização. Do princípio da imparcialidade resulta, assim, a obrigação de a Administração Pública actuar com *objectividade*. (...)

A Administração Pública, porque exerce uma função - a função administrativa -, tem o dever de exercer os poderes que lhe foram conferidos com total objectividade, sem se deixar influenciar por considerações de ordem subjectiva, pessoal, e, por isso mesmo ajurídicas. Objectividade equivale a juridicidade; nessa medida, mais não é do que um corolário do Estado de Direito e da integral vinculação da Administração ao direito.

*(...) a objectividade administrativa não se relaciona apenas com a exigência de juridicidade do comportamento da Administração e com a utilização exclusiva, por parte desta, de critérios jurídico-rationais; a objectividade administrativa pressupõe e impõe, em simultâneo, a superação de uma visão estritamente subjectivista e parcial do interesse público, obrigando a Administração a avaliar, sob todos os prismas, a totalidade das consequências do seu comportamento e da realização daquele interesse público específico, e a valorar comparativamente os interesses públicos e privados afectados com a sua actuação. (...)*⁶⁹.

⁶⁷ Acórdão 0936/10 do Supremo Tribunal Administrativo Sul, in www.dgsi.pt/jsta

⁶⁸ ob.cit.

⁶⁹ *Idem*, cit.pp.,161 e ss.

Este princípio da imparcialidade releva autonomamente quando a lei confere à administração uma margem de autonomia decisória, constituindo um limite material interno ao poder discricionário.

Na verdade, se o ato for vinculado, a eventual injustiça resulta diretamente da lei.

Visa-se, pois, garantir a imparcialidade, a qualquer preço, não permitindo, em abstrato, qualquer situação que a impossibilite.

O objetivo é garantir imparcialidade, transparência e isenção da administração no recrutamento do seu pessoal, liberdade de candidatura e igualdade de oportunidades entre os candidatos.

O princípio da imparcialidade intenta não só proteger o particular contra a Administração, mas, igualmente, a própria Administração em relação aos seus trabalhadores. Este princípio envolve dois aspetos diferentes já que, por um lado, traduz-se numa emanação ou corolário igualmente do princípio da justiça, enquanto encarado como dever da Administração Pública de atuar de forma isenta em relação aos particulares através de um comportamento reto que não favoreça os amigos nem prejudique os inimigos, e, por outro, consiste num meio de proteção da confiança do público nos órgãos da administração, mercê de se traduzir na proibição imposta aos órgãos da administração de intervir em quaisquer procedimentos, atos ou contratos que digam respeito a questões do seu interesse pessoal ou familiar, ou de pessoas com quem tenham relações de especial proximidade, a fim de que não possa suspeitar-se da isenção ou retidão da sua conduta.

O princípio da Imparcialidade constitui claramente um limite interno à discricionariedade, impondo que a administração não tome partido ou se incline ou beneficie uma parte em prejuízo de outra, antes tendo de se nortear na sua atuação segundo o ordenamento jurídico e com a finalidade da prossecução do interesse público que a motiva.

Em matéria de concursos, os princípios norteadores do respetivo procedimento têm uma função essencialmente preventiva quanto à salvaguarda da isenção e imparcialidade da atuação administrativa, princípios de que a administração se não deve afastar, constituindo o simples risco de lesão da isenção e da imparcialidade, fundamento bastante para a anulação do ato com que culminou tal procedimento, mesmo que em concreto se desconheça a efetiva violação dos interesses de algum candidato.

Como se pode ler na fundamentação do acórdão do STA de 18.03.2010⁷⁰ “... o princípio da imparcialidade, referido no texto constitucional, e recebido no art.º 6.º do CPA, decorre do princípio da igualdade e com ele está intimamente conexas.

O que através dele se pretende alcançar é uma actuação isenta, objectiva, neutral, independente, sem favoritismos nem privilégios, em suma, sem a representação de factores de ponderação diferentes daqueles que formam o núcleo do interesse juridicamente protegido”.

4.4. Princípio da Legalidade

Temos ainda o princípio da Legalidade que embora não seja um princípio com referência direta ou exclusiva aos procedimentos concursais pela sua transversalidade aplicativa, é relevante, encontrando correspondência no artigo 266.º n.º2 da CRP e no art.º 3º do CPA e CPTA⁷¹.

Refira-se que, com a mesma transversalidade se encontram, ainda os princípios da Imparcialidade, da Proporcionalidade e da Boa-fé, previstos no Código do Procedimento Administrativo, sendo ainda de ter em conta o dever de fundamentação consagrado no art.º268 n.º 3 da CRP e nos arts.º 124º e s do CPA, bem como o direito de participação consagrado no art.º 26.7º, n.º 5º da CRP, concretizado através do direito de audiência dos interessados, nos termos do artº 100 do CPA, entre outros.

Estes princípios e direitos mencionados implicam que a administração paute a sua atuação em respeito pelo Direito globalmente considerado.

⁷⁰ Proc. n.º 0781/09 in www.dgsi.pt/jsta.

⁷¹ Artigo 3º .

Princípio da legalidade

1 - Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes foram conferidos.

2 - Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.

4.5. O Princípio da Prossecução do Interesse Público

Importa considerar ainda o princípio da prossecução do interesse público, um dos mais importantes, que tantas vezes é relegado para um plano secundário mas que tantas mais permite que, em nome do interesse público e da sua prossecução, se cometam ilegalidades colossais.

“Os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do estado e outras entidades públicas, estão exclusivamente ao serviço do interesse público, apurado, nos termos e em concretização da lei, pelos órgãos competentes da administração (art. 269º nº 1 da Constituição)”⁷².

Com isto pretende-se traduzir a ideia de que afeta à atividade desenvolvida por cada trabalhador está inerente uma dupla responsabilidade partilhada: a do respeito e subordinação para com o seu empregador, exercendo de modo idóneo e capaz as suas funções, corporizando a vontade e os poderes destes sempre em respeito e nunca descurando o interesse público, que lhe diz respeito quer a título profissional quer a título individual.

Há pois, se assim quisermos entender, uma espécie de qualificação gradativa no desempenho das “funções públicas”⁷³.

Aliado, surge o princípio da responsabilidade pessoal⁷⁴, que é afirmado também pela própria Constituição.

Além dos princípios que devem orientar os procedimentos concursais, a portaria 145-A/2011 regula ainda as modalidades que os procedimentos concursais podem assumir bem como os tipos de vínculos possíveis para a constituição de uma relação jurídica de emprego público e que importam referência.

⁷² cit. pp. 419, TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL.

⁷³ A responsabilidade acrescida pelo exercício de funções publicas tem correspondência no n. 2 do art. 266 da CRP, onde se institui que os trabalhadores no exercício das funções estão vinculados a fazê-lo em respeito pelos princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade da imparcialidade e da boa-fé.

⁷⁴ Art. 271º nº 1 da CRP concretiza essa mesma ideia da responsabilidade dos funcionários pelo exercício das suas funções quer por ações quer por omissões. Esta é uma responsabilidade civil, criminal e disciplinar, sendo que esta reponsabilidade civil é acompanhada da responsabilidade solidária do Estado e demais entidades publicas nos termos do art. 22.º também da CRP.

5. Modalidades dos procedimentos concursais

Relativamente às modalidades que os procedimentos concursais podem assumir, e na linha do que estabelece o n.º 2 do art.º 54 da Lei 12-A//2008 e o n.º 3 da Portaria 145-A/2011, estes podem ser divididos em procedimento concursal Comum⁷⁵, sempre que o seu objetivo seja o recrutamento imediato para ocupação de postos de trabalho previstos, e não ocupados, nos mapas de pessoal dos órgãos ou serviços ou procedimento concursal e procedimento concursal para constituição de Reservas de Recrutamento⁷⁶, sempre que se destine à constituição de reservas de pessoal, para satisfação de necessidades futuras da entidade empregadora pública ou de um conjunto de entidades empregadoras públicas.⁷⁷

Dispõe o art.º 6.º da LVCR, no seu nr.º 4,º que o recrutamento para a constituição de relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado, quer na modalidade de nomeação, quer na modalidade de contrato de trabalho em funções públicas, independentemente do tipo de contrato, se deve iniciar sempre de entre os trabalhadores que não queiram manter a qualidade⁷⁸ de sujeitos de relação jurídicas de emprego público constituídas por tempo indeterminado ou se encontrem colocados em situação de mobilidade.

Fazendo um breve parênteses, entende-se bem que o recrutamento deva começar por ser um recrutamento, em princípio interno, começando com aqueles que já têm vínculo à função pública, tendo já uma maior relação de proximidade e conhecimento com o funcionamento desta.

Quanto à preferência dada aos trabalhadores que se encontrem em situação de mobilidade especial⁷⁹, carece de explicação ainda menor, na medida em que são trabalhadores, passe a expressão, sem trabalho que estão a ser pagos.

Defende-se, a este respeito, uma posição, relativamente à preferência dada aos trabalhadores em situação de mobilidade, a partir de uma certa idade. A preferência destes

⁷⁵ O procedimento concursal comum destina-se ao recrutamento imediato de pessoal para ocupação de postos de trabalho previstos, e não ocupados, nos mapas de pessoal da entidade empregadora pública.

⁷⁶ O procedimento concursal para a constituição de reservas de recrutamento, destina-se à constituição de reservas de pessoal para a satisfação de necessidades futuras da entidade empregadora pública.

⁷⁷ As modalidades que o procedimento concursal pode assumir estão definidas no artigo 3.º da Portaria 145-A/2011 de 6 de Abril.

⁷⁸ Sobre os requisitos de acesso, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Derecho de la función pública,. Publicación Madrid : Tecnos, 2011,6ª ed.

⁷⁹ A mobilidade especial é regulada pela Lei 53/2006, de 7 de Dezembro.

devia ser inoperante, pois que a viabilidade de uma situação funcional relativamente duradoura e mais importante que isso, motivadora, simplesmente deixa de existir.

Será ainda importante mencionar que tipo, de vínculo, poderá estar subjacente à constituição de uma relação jurídica de emprego público.

6. Constituição da relação jurídica de emprego público – vínculos possíveis

Quanto aos vínculos, todas as relações laborais na Administração Pública subsumem-se imperativamente num dos tipos de vínculos previstos na lei, designadamente: nomeação, contrato de trabalho em funções públicas, comissão de serviço e também o contrato de trabalho do regime geral, como sucede, neste último caso, com as associações públicas profissionais – artigo 25.º da Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro – ou com as entidades públicas empresariais, EPE's.

Assim, para além da Nomeação, da Comissão de Serviço, do Contrato de trabalho em funções públicas, a relação jurídica de emprego público poderá ser constituída através de um de um contrato a termo resolutivo (certo ou incerto).

A relação jurídica de função pública exprime a concordância de um indivíduo e de uma entidade pública relativamente à prestação de uma atividade remunerada. Nesta medida, o vínculo contratual serve melhor o complexo prestacional que envolve ficando os títulos unilaterais (nomeação, designação em comissão de serviço) de constituição da relação de emprego público – que não prescindem, no entanto, da manifestação da vontade do trabalhador – reservados para as atividades susceptíveis de justificar uma maior capacidade interventiva unilateral do sujeito público⁸⁰.

6.1. A Nomeação

A Nomeação⁸¹ é o ato unilateral da entidade empregadora pública e cuja eficácia depende, obrigatoriamente, da aceitação do nomeado, sendo a par do contrato de trabalho em

⁸⁰ NEVES, ANA FERNANDA, *in* Relação jurídica de trabalho e relação de função pública, cit. pp. 9.

⁸¹ As fontes normativas da nomeação são, pela ordem indicada, (art.º 80.º da LVCR):

funções públicas uma das modalidades admissíveis da relação jurídica de emprego público nos termos do art.º 9.º da LVCR.

Esta figura tem atualmente um papel residual (antes era a regra), sendo reservado para trabalhadores que exercem funções de autoridade (art.º 10.º da LVCR).

Relativamente a este art.º 10.º⁸² da LVCR, há uma certa dificuldade em fazer o respetivo enquadramento de quem deve ou não figurar no seu âmbito aplicativo.

Contudo, a lei contém indicações taxativas a respeito⁸³.

A nomeação pode ainda revestir várias modalidades, designadamente:

a nomeação definitiva constante do n.º 2 do art. 11.º da LVCR, sendo um ato unilateral de constituição de uma relação de emprego público por tempo indeterminado. Esta modalidade de nomeação tem como principais características a introdução de um período experimental de um ano, numa clara alteração do paradigma, em substituição do anterior estágio das carreiras técnica e técnica superior, destinado a avaliar as competências que o trabalhador tem em função do posto de trabalho que vai ocupar e da atividade e funções que vai desempenhar.

-
- a) A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e respectiva legislação regulamentar, na parte aplicável;
 - b) As leis gerais aplicáveis a todos os trabalhadores em funções públicas; (enunciadas no n.º 2)
 - c) As leis especiais aplicáveis às respectivas carreiras; (enunciadas no n.º 3)
 - d) Subsidiariamente, as leis gerais aplicáveis aos anteriormente designados funcionários e agentes da AP.

⁸² artigo 10.º da Lei n.º 12-A/2008:

“São nomeados os trabalhadores a quem compete, em função da sua integração nas carreiras adequadas para o efeito, o cumprimento ou a execução de atribuições, competências e actividades relativas a:

- a) Missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes;
- b) Representação externa do Estado;
- c) Informações de segurança;
- d) Investigação criminal;
- e) Segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional;
- f) Inspeção”.

⁸³ A nomeação implica ou envolve, a título principal e de forma regular e contínua, o exercício de funções de autoridade⁸³ ou de soberania, pressupondo a (prévia) integração funcional do trabalhador numa das actividades a que se refere o artigo 10.º daquela Lei.

São aplicáveis aos trabalhadores que exercem funções públicas na modalidade de nomeação as seguintes disposições do RCTFP (art. 8.º do RCTFP):

O art.º 6.º a 12.º do Regime e 1.º a 3.º do Regulamento, sobre direitos de personalidade; O art.º 13.º a 20.º, 22.º e 23.º do Regime e 4.º a 14.º do Regulamento, sobre igualdade e não discriminação; O art.º 21.º do Regime e 15.º a 39.º do Regulamento, sobre proteção do património genético; O art. 24.º a 43.º do Regime e 40.º a 86.º do Regulamento, sobre proteção da maternidade e da paternidade; O art.º 52.º a 58.º do Regime e 87.º a 96.º do Regulamento, sobre estatuto do trabalhador -estudante; O art. 221.º a 229.º do Regime e 132.º a 204.º do Regulamento, sobre segurança, higiene e saúde no trabalho; O art. 298.º a 307.º do Regime e 205.º a 239.º do Regulamento, sobre constituição de comissões de trabalhadores; O art. 308.º a 339.º do Regime e 240.º a 253.º do Regulamento, sobre liberdade sindical e o art.º 392.º a 407.º do Regime, sobre direito à greve.

Quanto à inovação da introdução de um período experimental, deve louvar-se, pelo menos, a intenção do legislador em tentar filtrar, através de uma crivagem *in loco*, todos aqueles que, não obstante terem superado todos os métodos de seleção no decurso do procedimento concursal a que foram sujeitos, eventualmente, não se identifiquem com as funções que estão a desempenhar ou para as quais foram contratados.

Outra característica prende-se com a exigência do princípio da adequação funcional entre o período experimental e as exigências funcionais do posto de trabalho, intrinsecamente interligado com o período de experimentação referido. Trata-se aqui de aferir a relação com os graus de complexidade das carreiras - artigo 12.º, n.º 1 e n.º 5, conjugados com os artigos 43.º e 44.º, todos da Lei n.º 12-A/2008.

Não descurou o legislador, sequer de considerar esse período “para todos os efeitos legais”, do tempo de serviço do período experimental concluído com sucesso - artigo 12.º, n.º 7, da Lei n.º 12-A/2008.

No plano oposto, o fracasso do e no período experimental votará a relação jurídica de emprego pública constituída à extinção e determinará a cessação desta relação constituída por tempo determinado (ou determinável), nos termos do n.º 8 do artigo 12.º, da Lei n.º 12-A/2008.⁸⁴

No mais, será ainda de referir que à nomeação definitiva são aplicáveis as regras gerais do procedimento concursal – artigo 12.º, n.º 11, e artigos 50.º e ss.da Lei n.º 12-A/2008 e Portaria n.º 145-A/2011, ressalvando-se o facto de não ser aplicável às carreiras especiais se estas tiverem regulamentação própria nos termos do n.º 2 do art.1.º, da Portaria.

⁸⁴ Artigo 12.º

Período experimental da nomeação definitiva

1...

2 ...

3 ...

4...

5...

6...

7...

8 - Concluído sem sucesso o período experimental, a nomeação é feita cessar e o trabalhador regressa à situação jurídico-funcional de que era titular antes dela, quando constituída e consolidada por tempo indeterminado, ou cessa a relação jurídica de emprego público, no caso contrário, em qualquer caso sem direito a indemnização.

9...

10...

11...

Quanto à forma que ato administrativo de nomeação deve revestir ressalva do artigo 14.º que este ato administrativo reveste a forma de despacho por imposição legal. A sua omissão ou inobservância consubstancia a falta de uma formalidade essencial ou a carência absoluta de forma legal, cominada com nulidade, nos termos do artigo 133.º do CPA.

6.2. A Comissão de Serviço

Quanto à Comissão de Serviço⁸⁵, esta é um ato unilateral da Administração que designa um indivíduo para ocupar um cargo dirigente ou para a frequência de uma formação e cuja eficácia está dependente da aceitação - posse - do designado.

No entanto, a comissão de serviço não é admitida em todo o tipo de situações laborais, não obstante da terminologia legal constar “designadamente”⁸⁶ – n.º 4, alíneas a) e b) do artigo 9.º, da LVCR.

A título meramente exemplificativo, o uso desta figura é permitido para o Exercício de cargos não inseridos em carreiras p. ex., cargos dirigentes, nos termos da Lei n.º 2/2004, de 15-01, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 51/2005, de 30-08, adaptada à Administração local pelo Decreto-Lei n.º 104/2006, de 7 de Junho, para a frequência de cursos de formação específica ou da aquisição de certo grau académico ou de certo título profissional

⁸⁵ Fontes normativas da comissão de serviço: (art. 82.º da LVCR)

- a) A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e respectiva legislação regulamentar, na parte aplicável;
- b) As leis gerais aplicáveis a todos os trabalhadores em funções públicas;
- c) As leis especiais aplicáveis à correspondente comissão de serviço;
- d) Subsidiariamente, as leis aplicáveis à relação jurídica de emprego público de origem, quando a haja e subsista.
- e) As fontes previstas para a nomeação, quando não haja ou não subsista relação jurídica de emprego público de origem.

⁸⁶ Modalidades da relação jurídica de emprego público

Artigo 9.º

Modalidades

- 1...
- 2...
- 3...

4 - A relação jurídica de emprego público constitui-se ainda por comissão de serviço quando se trate:

- a) Do exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente dos dirigentes;
- b) Da frequência de curso de formação específico ou da aquisição de certo grau académico ou de certo título profissional antes do período experimental com que se inicia a nomeação ou o contrato, para o exercício de funções integrado em carreira, em ambos os casos por parte de quem seja sujeito de uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado constituída previamente.

antes do período experimental com que se inicia a nomeação ou o contrato para o exercício de funções integrado em carreira, por exemplo a realização do Curso de Estudos avançados em Gestão Pública (CEAGP) do INA, para a realização do Curso de Estudos e Formação para Altos Dirigentes da Administração Local (CEFADAL) do CEFA, regulado pela Portaria nº117/2006, de 9 de Fevereiro, a realização do Curso de Licenciatura em Ciências Policiais da Escola Superior de Polícia e de ações de formação específicas como condição de ingresso e de acesso na carreira, etc.

Existem outras situações que é admissível recorrer à Comissão de Serviço⁸⁷, mas que, por desvio do objeto da presente tese, não serão alvo de considerações alargadas.

6.3. O Contrato de trabalho em funções públicas

Este Contrato⁸⁸ é um ato bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado.

Deste modo, constitui-se uma “relação de trabalho de natureza administrativa⁸⁹” nos termos do art. 9.º/3 da LVCR.

⁸⁷ p.ex, por exemplo, a comissão de serviço para o exercício de funções de carácter específico por trabalhadores de empresas públicas em outras empresas públicas, prevista no artigo 17.º - A do Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, que aprova o regime do sector empresarial do Estado, introduzido pela Lei n.º 64-A/2008, de 31-12, que aprova o Orçamento do Estado para 2009, o internato médico etc.

⁸⁸ As fontes normativas aplicáveis ao contrato (art. 81.º da LVCR) são

- a) A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e respectiva legislação regulamentar, na parte aplicável;
- b) As leis gerais aplicáveis a todos os trabalhadores em funções públicas; (n.º 2 do art.º 80.º)
- c) As leis especiais aplicáveis às respectivas carreiras; (n.º 2 do art.º 80.º)
- d) O RCTFP e respectivo Regulamento;
- e) Subsidiariamente, as leis gerais aplicáveis aos anteriormente designados funcionários e agentes da administração pública
- f) Subsidiariamente, as disposições do contrato.

⁸⁹ Quanto à natureza jurídica deste contrato, ANA NEVES, entende que “ O contrato de trabalho em funções publicas dá lugar a uma relação jurídica de natureza mista, de feição prevalecentemente privada”, contrariamente ao estipulado no n. 3 do art.º 9 da LVCR. Entende pois “ que o respetivo regime aproxima-se, segundo intenção legislativa expressa, do regime laboral comum”. Nesta parte já demonstramos a nossa concordância quanto à aproximação dos dois regimes. “Aos trabalhadores é garantido o direito à contratação coletiva. Às partes é reconhecida a capacidade dispositiva na determinação do posicionamento remuneratório do trabalhador, e na medida da respetiva previsão e tratamento favorável, de aspetos do regime do contrato de trabalho em funções publicas. Segundo estabelecido legalmente”. Aqui demonstramos também a discordância desta posição assumida, relativamente à “capacidade dispositiva” do trabalhador na determinação da

A lei permite a possibilidade de negociação da remuneração, numa das posições remuneratórias normativamente fixadas⁹⁰. No entanto, entendemos que esta possibilidade é falaciosa, tratando-se antes de meros contratos de adesão.

Contudo, atendendo à lei, a equidade e a transparência na determinação por acordo do posicionamento remuneratório são asseguradas por vários parâmetros, nomeadamente, seguindo a ordem de classificação dos candidatos e, portanto, a sua posição relativa, marcando a respectiva proposta remuneratória o valor das propostas subsequentes no caso de não aceitação pelo candidato melhor posicionado, de tal modo que “nenhum outro candidato situado em posição inferior pode obter um nível remuneratório superior a esse; A negociação deve ser objetivada por escrito e o acordo alcançado deve ser fundamentado; Deve ser dada a conhecer, seja na decorrência do exercício do direito à informação pelos candidatos ao concurso, seja, depois de encerrado o procedimento negocial, pelo exercício do direito de acesso aos arquivos e registos administrativos; Respeitar “os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, sendo a decisão concreta que não preencha esses parâmetros de juridicidade susceptível de ser impugnada contenciosamente, na jurisdição administrativa, com fundamento em ilegalidade⁹¹.

Este é atualmente o modo normal de constituição da relação de emprego público nos termos do art.º 20.º da LVCR.

A respeito das modalidades⁹² que o contrato de trabalho em funções públicas⁹³ pode revestir, este pode ser um contrato por tempo indeterminado ou um contrato a termo resolutivo certo ou incerto.

sua posição remuneratória. Neste aspeto em particular, perfila-se a opinião de que não obstante a negociação ser possível e ter acervo legal, é uma situação falaciosa, pois na maior parte das vezes se trata de meros acordos de adesão, sendo muito reduzida, ou até mesmo nula, a capacidade negocial do trabalhador. Se este não aceitar a posição remuneratória oferecida, poderá e deverá ser convocado o trabalhador que ficou no lugar imediato no procedimento concursal para prosseguir com a negociação(adesão). *In*, TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL, VOL IV, ALMEDINA 2010, cit., pp. 455 e 456.

⁹⁰ Portaria 1553-C, de 31 de Dezembro de 2008.

⁹¹ Acórdão do Plenário do TC de 20-12-2007, processo n.º 1130/2007 “a entidade empregadora está, em todo o caso, impedida de formular uma proposta mais vantajosa em relação a um candidato que se encontre na lista de graduação em posição relativa inferior a outro, o que faz supor que a definição negociada dos escalões remuneratórios tem por base o mérito relativo dos candidatos revelado nas provas do concurso” (cfr. ponto II.9), in *Diário da República*, 1.ª série – N.º 9 – 14 de Janeiro de 2008.

⁹² Nos termos do art.º 21º da LVCR

⁹³ O contrato de trabalho em funções públicas está sujeito à forma escrita, devendo dele constar a assinatura das partes que se estão a vincular, sendo que no período inicial deste contrato o empregador apenas se pode desvincular se o trabalhador revelar uma manifesta incapacidade ou não possuir as competências exigidas pelo posto de trabalho.

No concernente à constituição de uma relação jurídica de emprego público sujeita a um contrato a termo resolutivo, seja este certo ou incerto, esta está sujeita a maiores e mais apertados requisitos, devendo sempre ser considerada a tipicidade e taxatividade das causas justificadoras deste tipo de contrato.

O art.º 93º da Lei 59/2008, de 11 de Setembro, é bastante esclarecedor quanto a esta matéria.

Nesse sentido, e em estrito respeito pela Lei, nos contratos só poderá ser aposto um termo resolutivo, e mesmo assim, justificadamente, quando se trate de substituir direta ou indiretamente um trabalhador ausente, ou que por qualquer razão esteja ou se encontre impedido de prestar serviço.

Outro caso, em que é possível aposição de termo (certo) será nas situações em que esteja pendente em juízo ação de apreciação da licitude do despedimento. No hiato temporal em que decorre essa ação é possível igualmente substituir o trabalhador.

Uma terceira situação encontra-se configurada na alínea d) do artº 93 da lei citada, à substituição de trabalhador que se encontre a gozar licença sem remuneração.

Noutros casos, é possível ainda a celebração de um contrato a termo resolutivo certo ou incerto nas situações em que haja a necessidade de contratar um trabalhador para a execução de tarefas ocasionais ou serviço determinado precisamente definido e não duradouro e quando haja necessidade urgente de funcionamento das entidades empregadoras públicas e ainda para o exercício de funções em estruturas temporárias das entidades empregadoras públicas, ainda nos termos do artº 93, al) E, F e G. Além destes, é possível configurar este tipo de contrato nos exatos termos das restantes alíneas do artº em referência. Relativamente aos contratos a termo incerto, releva o art.º 106.⁹⁴ da lei 59/2008, de 11 Setembro, que remete para o art.º 93.º.

Deve ainda, por referência aos contratos a termo certo, atender-se ao disposto no artº 103º, do normativo vindo de citar, que taxativamente diz que o contrato a termo certo dura pelo período acordado, não podendo nunca exceder 3 anos, incluindo renovações, nem tão pouco ser renovado mais de duas vezes.

⁹⁴ Termo incerto

Artigo 106.º

Pressupostos

Só é admitida a celebração de contratos a termo incerto nas situações previstas nas alíneas a) a d) e f) a j) do n.º 1 do artigo 93.º

Importa referenciar igualmente que a celebração deste tipo de contratos depende de procedimento público seletivo.

A lei, como acabamos de ver, é taxativa no que respeita às permissões da contratação a termo e é igualmente limitativa e bastante clara a respeito do prazo máximo permitido para este tipo de contratos, fixando o período máximo da sua durabilidade em três anos e restringindo a sua renovação ao máximo de duas, *id est*, parece pois ter sido clara a opção do legislador em dizer que se pode fazer um contrato e duas renovações, ressaltando-se eventualmente o disposto em lei especial, e é isso mesmo que consta do artigo 103.º da lei 59/2008, de 11 de Setembro, como já tivemos oportunidade de referir⁹⁵

Mutatis Mutandis, é verdade que os trabalhadores nem sempre tiveram contratos de trabalho em funções públicas, mas não menos verdade é que há já vários anos, perdoe-se a ligeireza discursiva, trabalham para o Estado, em escolas públicas, em hospitais públicos, etc. E mesmo que se considerasse apenas o tempo e as renovações posteriores à entrada da LVCR, que, como se sabe começou a sua vigência intermitente e desfasadamente, e aquando da Lei 59/2008 de 11 de Setembro, ainda assim, os períodos máximos legais estabelecidos já teriam sido largamente ultrapassados.

Já manifestamos a nossa opinião quanto a este assunto.⁹⁶

Relativamente à competência Jurisdicional, com a aproximação, entre o contrato de trabalho em funções públicas e o regime laboral, *id est*, com a tendencial convergência para a unificação dos dois regimes, a competência jurisdicional foi quebrada porque nos termos do preceituado no art.º 4º n.º3, al. d) do ETAF, na redação dada pelo art.º 10.º da Lei 59/2008, continua a sujeitar à jurisdição administrativa e fiscal os litígios emergentes do contrato de trabalho em funções públicas⁹⁷. A portaria regula ainda os requisitos de candidatura e as condições de candidatura.

7. Os Requisitos de admissão e as Condições de Candidatura

⁹⁵ *vide* pp. 16 e ss.

⁹⁶ pp., 13 e ss deste trabalho.

⁹⁷ O regime jurídico da REP não pode dissociar-se dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, consagrados na CRP, como por exemplo o direito à segurança no emprego (art.º 53.º), o direito ao trabalho (art.º 58.º), o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso (art.º 47.º).

Os requisitos necessários e exigidos para o exercício de funções públicas são as qualidades que determinado indivíduo deve ter, qualidades humanas, pessoais, profissionais, como por exemplo o grau académico, determinada idade, para que possa ser parte numa relação jurídica de emprego público.

Entenda-se que estes requisitos tanto podem ser negativos como positivos consoante se trate de condições ou exigência que o trabalhador deva reunir para que possa efetivamente ocupar ou candidatar-se aquele lugar, como podem ser negativos, i.e, uma situação em que não deva estar, por exemplo não ser interdito.

No que concerne aos requisitos de admissão, importa sobretudo articular o artigo 8º e ss da LVCR e o artigo 25.º da Portaria 145-A/2011, de 6 de Abril.

Assim, nos termos do art.º 8º da LVCR a constituição da relação jurídica de emprego público depende da reunião, pelo trabalhador, além de outros que a lei preveja, de alguns requisitos⁹⁸.

Dispõe ainda o art.º 25º que apenas poderão ser admitidos os candidatos que reúnam os requisitos legalmente exigidos, fixados na respetiva publicitação.

De acordo com o n.º 3 deste artigo, os candidatos devem reunir os requisitos referidos no n.º 1 até à data limite de apresentação da candidatura.

Do ponto de vista Constitucional, os requisitos tem “obrigatoriamente um fundamento material justificativo da restrição”⁹⁹

Os requisitos são relativos à constituição da relação jurídica de emprego público e são simultaneamente requisitos para estarem no procedimento e para o desempenho e exercício de determinadas funções.

Há ainda requisitos que são exigidos para todos os empregos públicos, sem qualquer tipo de especificidade¹⁰⁰, ou requisitos exigidos especificamente para determinado¹⁰¹ emprego

⁹⁸ a) Nacionalidade portuguesa, quando não dispensada pela Constituição, convenção internacional ou lei especial;

b) 18 anos de idade completos;

c) Não inibição do exercício de funções públicas ou não interdição para o exercício daquelas que se propõe desempenhar;

d) Robustez física e perfil psíquico indispensáveis ao exercício das funções;

e) Cumprimento das leis de vacinação obrigatória.

⁹⁹ NEVES;ANA FERNAAnDA, Tratado de direito administrativo especial, cit., pp., 464.

¹⁰⁰ e.g requisitos de aptidão física, habilitações académicas ou profissionais, de idade mínima, perfil psicológico, de não inibição para o exercício de funções publicas, de não interdição para o desempenho das funções a que se candidata, etc.

¹⁰¹ A posse de determinada qualidade ou condição, como por exemplo estar inserido em certa área de recrutamento, estar inscrito em certa ordem profissional, possuir certa altura ou menos que determinada idade.

público, isto porque determinadas funções públicas exigem uma específica condição (de saúde ou preparação) física, havendo nestes casos previsão legal de um exame médico ou provas de aptidão físicas que atestem essas condições no candidato. Note-se que, relativamente ao exame médico, este não poderá ser feito contra a vontade do interessado, contudo, esta não permissão, sendo legítima, não poderá fazer recair sobre o empregador o ónus de suportar o risco do seu recrutamento, determinando a exclusão do candidato.

Noutro plano, o requisito da nacionalidade só poderá ser exigência quando estejam em causa empregos conexos com funções de soberania ou empregos predominantemente para o exercício de funções de autoridade, tanto no quadro Constitucional¹⁰², quer no quadro da integração comunitária europeia, por força do princípio da livre circulação de trabalhadores.

Falta, neste momento, fazer uma breve referência aos prazos e momento da publicitação do procedimento.

8. Prazos e Publicitação do Procedimento concursal

Assim, no que concerne à publicitação do procedimento (art.º 19º e ss da Portaria) este implica a designação do júri e indica o prazo a que devem obedecer as candidaturas, entre um mínimo de 10 e um máximo de 15 dias úteis. Do artº 22º constam quais as competências do júri.¹⁰³

Quanto às habilitações académicas e profissionais a exigência prende-se especificamente com a carreira ou atividade a desempenhar, por exemplo, para uma carreira-técnica superior, habilitação académica mínima exigida é a licenciatura, não podendo ser outra sob pena de nulidade do vínculo laboral constituído, podendo sim, ser exigida determinada licenciatura específica.

¹⁰² art.º 15.º da CRP.

¹⁰³ Artigo 22.º

Competência do júri

1 - Compete ao júri assegurar a tramitação do procedimento concursal, desde a data da sua designação até à elaboração da lista de ordenação final, ainda que, por iniciativa ou decisão do dirigente máximo, o procedimento possa ser parcialmente realizado por entidade especializada pública ou, quando fundamentadamente se torne inviável, privada, designadamente no que se refere à aplicação de métodos de selecção.

2 - É da competência do júri a prática, designadamente, dos seguintes actos:

- a) Decidir das fases que comportam os métodos de selecção, obrigatoriamente ouvidas as entidades que os vão aplicar;
- b) Seleccionar os temas a abordar nas provas de conhecimentos;
- c) Fixar os parâmetros de avaliação, a sua ponderação, a grelha classificativa e o sistema de valoração final de cada método de selecção;

Quanto ao prazo da candidatura (art.º 26º), a entidade que autoriza o procedimento estabelece um prazo para a apresentação destas, entre um mínimo de 10 e um máximo de 15 dias úteis contados da data da publicação em DR.

No que concerne à apresentação dos documentos (art.º 28º), os órgãos ou serviços emitem a documentação solicitada no prazo de 3 dias úteis a contar da data do pedido. O júri pode por iniciativa do próprio candidato ou por autoiniciativa conceder um prazo suplementar, razoável, para o efeito, ou seja, para a apresentação dos documentos.

Já no que à apresentação das candidaturas diz respeito (art.º 29º), o júri irá proceder à verificação dos elementos apresentados pelos candidatos nos 10 dias úteis seguintes ao fim do prazo para a apreciação das candidaturas.

No pressuposto da inexistência de candidatos excluídos, nos cinco dias úteis seguintes à conclusão da apreciação das candidaturas, convocam-se os candidatos para a realização dos métodos.¹⁰⁴

A candidatura deve, em regra, ser efetuada em suporte de papel ou em suporte electrónico através de um formulário tipo. Em ambos os casos, obrigatoriamente, devem constar os elementos referidos nas várias alíneas do art.º 27 da Portaria.¹⁰⁵

-
- d) Requerer ao órgão ou serviço onde o candidato tenha exercido ou exerça funções, ou ao próprio candidato, as informações profissionais e ou habilitacionais que considere relevantes para o procedimento;
 - e) Deliberar e fundamentar, por escrito, sobre a admissão dos candidatos que, não sendo titulares do nível habilitacional exigido, apresentem a candidatura ao procedimento, bem como notificá-los, e aos restantes candidatos, dessa deliberação, nos termos dos n.ºs 2 a 5 do artigo 51.º da LVCR;
 - f) Admitir e excluir candidatos do procedimento, fundamentando por escrito as respetivas deliberações;
 - g) Notificar por escrito os candidatos, sempre que tal seja exigido;
 - h) Solicitar ao dirigente máximo do órgão ou serviço que realiza o procedimento a colaboração de entidades especializadas públicas ou, quando fundamentadamente se torne inviável, privadas, quando necessário, para a realização de parte do procedimento;
 - i) Dirigir a tramitação do procedimento concursal, em articulação e cooperação com as entidades envolvidas, designadamente no que respeita à verificação da fundamentação dos resultados dos métodos de seleção por elas aplicados;
 - j) Garantir aos candidatos o acesso às atas e aos documentos e a emissão de certidões ou reproduções autenticadas, no prazo de três dias úteis contados da data da entrada, por escrito, do pedido;
 - l) Submeter a homologação do dirigente máximo do órgão ou serviço a lista unitária de ordenação final dos candidatos aprovados e demais deliberações do júri ou da entidade responsável pela realização do procedimento.

3 - Os elementos referidos na alínea c) do número anterior são definidos em momento anterior à publicitação do procedimento.

4 - A calendarização a que o júri se propõe obedecer para o cumprimento dos prazos estabelecidos na presente portaria é definida, obrigatoriamente, nos 10 dias úteis subsequentes à data limite de apresentação de candidaturas.

¹⁰⁴ Os métodos de seleção, obrigatórios ou facultativos, são os constantes do art.º 53º da Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro

¹⁰⁵ Artigo 27.º

Forma de apresentação da candidatura

1 - ...

- a) Identificação do procedimento concursal, com indicação da carreira, categoria e atividade caracterizadoras do posto de trabalho a ocupar;

Relativamente à apreciação das candidaturas (art.º 29º) o júri procede à verificação dos elementos apresentados pelos candidatos nos 10 dias úteis seguintes ao fim do prazo para apresentação das candidaturas.

Na situação em que não haja candidatos excluídos, nos 5 dias úteis posteriores à conclusão da apreciação das candidaturas, convocar-se-ão os candidatos para a realização dos métodos de seleção designados.

No que toca à exclusão e notificação dos candidatos, (art.º30º), nos 5 dias úteis posteriores à conclusão da apreciação das candidaturas, os candidatos excluídos são notificados, para a realização da audiência dos interessados nos termos do CPA (art.º 100º).

Os candidatos referidos no n.º 5 do artigo 51.º da LVCR são notificados em prazo idêntico.

Quanto à pronúncia dos interessados (artigo.º 31.º), uma vez realizada, o júri aprecia as questões sucedidas no prazo de 10 ou 20 dias úteis, consoante os interessados ouvidos forem em número inferior ou superior a 100.

Do art.º 34º constam os prazos relativos aos resultados e conseqüente ordenação final dos candidatos. A lista de ordenação final é elaborada no prazo de 10 dias úteis após a realização do último método de seleção.

-
- b) Identificação da entidade que realiza o procedimento;
 - c) Identificação do candidato pelo nome, data de nascimento, sexo, nacionalidade, número de identificação fiscal e endereço postal e electrónico, caso exista;
 - d) Situação perante cada um dos requisitos de admissão exigidos, designadamente:
 - i) Os previstos no artigo 8.º da LVCR;
 - ii) A identificação da relação jurídica de emprego público previamente estabelecida, quando exista, bem como da carreira e categoria de que seja titular, da posição remuneratória que detém nessa data, da actividade que executa e do órgão ou serviço onde exerce funções;
 - iii) Os relativos ao nível habilitacional e à área de formação académica ou profissional;
 - iv) A formação ou experiência profissional que possa substituir o nível habilitacional, sendo o caso;
 - v) Os que lei especial preveja para a titularidade da categoria correspondente;
 - e) Opção por métodos de selecção nos termos do n.º 2 do artigo 53.º da LVCR, quando aplicável;
 - f) Menção de que o candidato declara serem verdadeiros os factos constantes da candidatura.
- 2 - A apresentação da candidatura em suporte de papel é efectuada pessoalmente ou através de correio registado, com aviso de recepção, para o endereço postal do órgão ou serviço, até à data limite fixada na publicitação.
- 3 - No acto de recepção da candidatura efectuada pessoalmente é obrigatória a passagem de recibo.
- 4 - Na apresentação da candidatura ou de documentos através de correio registado com aviso de recepção atende-se à data do respectivo registo.
- 5 - Quando estiver expressamente prevista na publicitação a possibilidade de apresentação da candidatura por via electrónica, a validação electrónica deve ser feita por submissão do formulário disponibilizado para esse efeito, acompanhado do respectivo currículo sempre que este seja exigido, devendo o candidato guardar o comprovativo.

Posteriormente, nos termos do artigo 36.º (Audiência dos interessados e Homologação), no prazo de 5 dias úteis após a conclusão da audiência dos interessados, a lista unitária de ordenação final dos candidatos aprovados, é submetida a homologação. Os candidatos, incluindo os que tenham sido excluídos no decurso da aplicação dos métodos de seleção, são notificados do ato da homologação da lista de ordenação final.

Após homologação, é publicada a lista unitária de ordenação final.

Importa referir também as Reservas de Recrutamento em órgão ou serviço (art.º 40º).

Esta reserva de recrutamento interno é constituída a partir dos candidatos aprovados no procedimento e pode ser utilizada no prazo máximo de 18 meses contados da data da homologação da lista de ordenação final.

Faz todo o sentido a opção legislativa neste aspeto, evitando assim maior desperdício de tempo, de recursos humanos e maior dispêndio monetário, na eventualidade de ser necessário o recrutamento de novos trabalhadores.

Desta feita, já todo o iter-procedimental está feito, o processo seletivo concluído, sendo muito mais rápida a contratação, se houver necessidade da tal acontecer.

Em termos gráficos, podemos traçar uma panorâmica geral do quadro legislativo dos concursos e das suas fases do seguinte modo:

9. Quadro legislativo dos concursos

Lei 12-A/2008 de 27 de Fevereiro	→ Regime geral dos concurso públicos
Portaria 145-A/2011 de 6 de Abril	→ Regulamenta os concursos públicos

Classificação dos concursos

Externos	→Abertos a todos os indivíduos, desde que previsto no Mapa de Pessoal e haja orçamento (artigo 6º da lei 12-A/2008)
Internos	→Internos (artigo 52 da lei 12-A/2008) Acesso (artigo 52 da lei 12-A/2008)

Fases do Concurso Público: Portaria 145-A/2011

1. Articulação de Procedimentos concursais (artigo 4º)	Consulta à entidade centralizada para constituição de reservas de recrutamento.
2. Consulta à ECCRC (artigo 4º)	Havendo candidatos em reserva segue-se o previsto no artigo 47º.
3. Publicitação do procedimento concursal (artigo 19º a 21º)	Da publicitação do procedimento concursal, consta a designação do júri e a definição dos critérios. A publicação integral deve ser feita no DR (2ª Série) e no BEP e o extrato no site da Instituição e jornal de expansão nacional.
4. Composição do júri (artigo 21º)	Composto por três membros, não podendo estar integrados em carreira de grau inferior e devem ter formação em RH e na área a que se destina o

	recrutamento.
5. Formulação da candidatura (artigo 27.º)	Através de formulário – tipo em papel ou em formato digital.
6. Apreciação das candidaturas (artigos 28.º a 31.º)	Isto é, com a admissão dos candidatos, exclusão quando não reúnam os requisitos exigidos.
7. Convocatória dos candidatos admitidos (artigo.º 31º)	Para se proceder à realização dos métodos de seleção.
8. Seleção (artigo 6º-18º da Portaria e artigo 53º da lei 12-A/2008	A lei distingue métodos de seleção obrigatórios e métodos de seleção facultativos ou complementares.
9. Classificação e ordenação dos candidatos (artigo 33º-35º)	Em cada método de seleção o candidato é classificado de 0-20. A classificação final é expressa do mesmo modo, de 0 a 20, em resultado da média ponderada das classificações quantitativas obtidas em cada método de seleção.
10. Audiência dos interessados (artigo 36º)	Audição dos interessados por força do artigo 267º, n.º 5 da CRP e artigo 100º do CPA.
11. Homologação (artigo.º 36º, n.º 2)	A qual pode estar em concordância com o projeto ou atender a argumentos exprimidos na audiência. A entidade com competência homologatória não pode alterar a classificação proposta mas pode recusar e propor nova orientação.
12. Cessação do procedimento concursal (artigo 37º-38ª)	O procedimento cessa com a ocupação dos postos de trabalho publicitados. Quando estes não possam ser totalmente ocupados por insuficiência de existência de candidatos, ou por falta de acordo na negociação do

	<p>posicionamento remuneratório entre a entidade pública e os candidatos constantes da lista. Excepcionalmente, por ato devidamente fundamentado da entidade responsável pela sua realização, seguido da homologação do respetivo membro do governo, desde que não tenha sido efetuada a ordenação final dos candidatos.</p>
--	--

Por fim, importa mencionar outras garantias que a portaria contempla.

Necessário será igualmente diferenciar dois momentos, consoante o candidato não seja admitido ao concurso ou seja excluído já no decurso do procedimento concursal.

Ser for no primeiro momento e nos termos do disposto no art.º n.º 30º da portaria, nos cinco dias úteis seguintes à conclusão do procedimento (de apresentação de candidaturas), os candidatos excluídos são notificados para a realização da audiência dos interessados.

Já se o momento for o da exclusão do próprio procedimento concursal, releva o art.º 39.º da portaria.

Do ato de exclusão de qualquer procedimento de recrutamento e seleção de pessoal e da homologação da lista de ordenação final, pode ser interposto recurso hierárquico ou tutelar¹⁰⁶.

O nível de proteção conferido aos particulares – considerando apenas as garantias administrativas - fica-se por aqui.

Vejamos agora a nível adjetivo que soluções a lei contempla.

10. A jurisdição administrativa

No campo processual, é patente a opção por uma construção legislativa jus-administrativista ou jus-laboralista privada da relação jurídica de emprego público¹⁰⁷.

¹⁰⁶ art.º 39º da portaria.

¹⁰⁷ No mesmo sentido, NEVES, ANA FERNANDA, in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*.

Assim, os litígios emergentes dos contratos individuais de trabalho estão excluídos do âmbito da jurisdição administrativa, estando, *a contrario*, inclusa a litigiosidade provinda dos demais vínculos laborais.

Independentemente do vínculo laboral, (*contratual ou estatutário*) estarão pois os litígios relativos à relação jurídica de emprego público, em geral, submetidos à jurisdição administrativa¹⁰⁸.

O critério determinante será o regime jurídico a aplicar. “Os conflitos emergentes da relação jurídica de emprego público, titulada por contrato de trabalho regido pelo Código de Trabalho e respectiva regulamentação estão excluídos da jurisdição administrativa¹⁰⁹”.

No entanto, nem sempre será fácil, ou pelo menos claro, a decisão de qual regime aplicar, sendo conseqüentemente dúbio qual o tribunal competente para dirimir certos litígios, principalmente quando se opere uma modificação da relação jurídica de emprego público.¹¹⁰

10.1 O Direito Adjetivo

Atendendo à Lei Fundamental, assumem particular importância, relativamente aos direitos e garantias dos administrados o art.º 266º e os n. 4º e 5º do art.º 268º da Constituição.

O respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos exige a respectiva tutela jurisdicional efetiva.

Obviamente que o dever de prossecução do interesse público poderá eventualmente colidir com estes direitos e interesses dos cidadãos.

É à justiça, *rectius*, à justiça administrativa que cabe alcançar a harmonização destas posições porventura antagónicas.

¹⁰⁸Ainda sobre a jurisdição administrativa, MONERO PÉREZ, JOSÉ LUIS et al, Manual de Empleo Público, Instituciones, relaciones sindicais y marco legal del personal de las administraciones públicas, Granada: Comares, 2010, pp., 47 e ss.

¹⁰⁹No mesmo sentido, NEVES, ANA FERNANDA, in Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp. 224.

¹¹⁰e.g, nos casos da transferência da atividade para empresa ou estabelecimento privado ou ainda nos casos de cedência de interesse público. No entanto a estes dois exemplos correspondem modificações distintas, no primeiro caso uma modificação definitiva e no segundo temporária.

Nos termos do preceituado nesses artigos, aos administrados é garantida tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Tal implica, em primeiro lugar, o reconhecimento desses direitos ou interesses e, em segundo lugar, a possibilidade de impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem.

Ressalva ainda o artigo que os cidadãos têm igualmente o direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Sendo o ato de exclusão imediatamente lesivo¹¹¹, nada invalida que opositor ao concurso excluído lance - desde logo - mão das garantias jurisdicionais.

“O critério da *actio* é o da lesão das posições atendíveis.

Havendo lesão, está constituída uma situação em que a administração poderá ser questionada em tribunal quanto à ilegalidade e licitude da sua conduta¹¹²⁻¹¹³.

¹¹¹ Por todos, superadas que estão concepções “herdadas do magistério” de Marcello Caetano, que faziam depender a impugnabilidade do ato da verificação das características da definitividade e excecutoriedade. Quanto à definitividade o n.º 1 do art.º 51º do CPTA é claro, prescrevendo que são *impugnáveis os atos cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos*.

Atualmente, o n.º 4 do art.º 59º do CPTA estabelece que a utilização de meio de impugnação administrativa suspende o prazo de impugnação contenciosa do ato administrativo.

Este prazo recomeça a contar apenas a partir do momento em que haja uma decisão expressa proferida sobre a impugnação administrativa, ou depois de ultrapassado o prazo de que a administração dispunha para o fazer.

“A norma facilita a generalização dos meios gratuitos, numa tentativa de evitar a eclosão de litígios judiciais”.

O n.º 5 do artigo citado, permite ainda ao interessado avançar com a impugnação contenciosa do ato na pendência da impugnação administrativa, independentemente de já ter conhecido ou não do resultado da reclamação ou recurso efetuado.

Como bem entende Mário Aroso de Almeida, “ a norma está a *legitimar* o acesso directo à via contenciosa, facultando, por aplicação do argumento *a pari*, o exercício do direito de impugnação judicial sem qualquer prévia impugnação administrativa...” O preceito afasta pois, o requisito da definitividade vertical como pressuposto da impugnabilidade contenciosa”.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, in Comentário ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos, cit. pp., 402-403.

Ainda no mesmo sentido, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, O novo regime do processo nos tribunais Administrativos.

¹¹² Nestes casos, “os concorrentes, enquanto destinatários do acto são configuráveis como partes legítimas em acção judicial dirigida à sua impugnação e/ou condenação à prática de acto devido”. NEVES, ANA FERNANDA, in Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 232.

¹¹³A este respeito diz ainda a autora que “a influência do Direito da União Europeia alarga o leque das pretensões dos sujeitos em face dos empregadores públicos. Projecta-se sobre o acesso aos empregos públicos dos Estados-membros, e sobre os direitos do trabalhador na relação jurídica de emprego, por via, sobretudo da aplicação do princípio da livre circulação dos trabalhadores e por via do estabelecimento de parâmetros habilitacionais europeus que a permitam ou favoreçam. E postula a idoneidade e suficiência dos meios e regras processuais nacionais para as acolher. Deve ser, também, prestada atenção ao papel do juiz administrativo na aplicação na Convenção Europeia de salvaguarda do Direitos do Homem e da Liberdades Fundamentais e da jurisprudência, que depõem no sentido do reforço dos direitos dos trabalhadores da Administração pública (designadamente, dos direitos de liberdade e das garantias procedimentais e processuais)”. NEVES, Ana Fernanda, in Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 238.

Por sua vez, a lesão traduz-se no prejuízo que da atividade administrativa possa ocorrer para qualquer interesse do lesado, seja ele patrimonial ou moral.

Importa pois o resultado da atuação na esfera jurídica do particular e não a atuação da administração em si¹¹⁴. (Quanto à questão da legitimidade, ativa e passiva, face ao muito que já foi escrito e face à abundante e clarificadora jurisprudência em relação ao assunto, nada acrescentaríamos de novo e por essa razão não faremos maiores considerações a respeito).

Há, contudo, momentos distintos a ponderar nos termos já referidos, como sejam a fase do procedimento¹¹⁵ em que o candidato seja excluído.

Como vimos, sendo o ato de exclusão imediatamente lesivo, a administração poderá ser questionada em tribunal¹¹⁶ relativamente à ilicitude da sua atuação e conduta.

O meio mais apropriado para o efeito será através da Ação Administrativa Especial, prevista no art.º 46.º e ss do CPTA ou eventualmente através de uma providência cautelar.

Deve ainda destacar-se a solução consagrada pelo art.º 50º da portaria que é, em nosso entendimento, e do ponto de vista legal, uma solução que tem tanto de falaciosa como de potencialmente ilegal e redutora como se demonstrará mais adiante.

Fazendo uma breve síntese, para que se possa ter uma melhor compreensão e entendimento do problema, da não admissão do candidato ao concurso ou da sua exclusão do procedimento concursal, o candidato pode, em sede de audiência dos interessados, pronunciar-se (relativamente à sua não admissão) ou interpor recurso hierárquico ou tutelar (desta feita quanto ao ato de exclusão do procedimento concursal).

No entanto, nada o impede de lançar mão dos meios processuais adequados para o efeito – leia-se AAE ou de um procedimento cautelar. Quanto a esta segunda opção, tal nem sempre se revela fácil, tanto mais que o art.º 50º da Portaria pode funcionar como uma espécie de válvula de escape, que à partida parece ser a *solutio* para todos os problemas, mas que na realidade, em nosso entendimento, não o é, como termos oportunidade de demonstrar.

¹¹⁴ Cabral de Moncada, ob. cit. cit. pp. 876.

¹¹⁵ O candidato poderá ser excluído, *rectius*, afastado, logo no primeiro pré-momento do procedimento, ou seja na admissão ao concurso, ou posteriormente poderá ser excluído em qualquer fase eliminatória.

¹¹⁶ O tribunal dispõe de amplos poderes, *máxime*, de poderes de pronuncia e eventualmente de certos poderes instrutórios. Note-se que isto não significa que o juiz possa determinar ou aferir da oportunidade da atuação administrativa ou tão pouco a conveniência desta.

Ao juiz caberá sobretudo avaliar, através de uma parametrização jurídica, da pretensão do particular, *rectius*, do objeto do litígio.

No mesmo sentido NEVES, ANA FERNANDA, *in*, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*.

Por razões distintas umas e outras não asseguram uma tutela efetiva das pretensões do particular.

A AAE, será em regra, o meio processual normal de que o particular poderá lançar mão quando tenha sido excluído, por exemplo, logo na admissão a um procedimento concursal, sem prejuízo de poder pedir admissão provisória ao concurso.

A solução consagrada no art.º 50º da portaria só servirá, especificamente, para os casos em que se tenha impedido a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego público.

Será este nível de proteção o desejado e adequado? Provavelmente não.

Vejamos, a evolução do processo administrativo no sentido da tutela efetiva da relação jurídica material é hoje uma exigência constitucional e reclama mais.

A tutela *efetiva* compreende o direito de ver projetada, no plano individual, a plena efetividade da outorga concedida pelo ordenamento jurídico e tem como pressupostos de fundo a existência de mecanismos processuais céleres e sobretudo eficazes, que possam dar solução em tempo útil aos problemas que entretanto surjam.

O CPTA não obstante pretender acobertar a todas as situações, tarefa que sempre será impossível de alcançar, não apresenta ou contempla uma solução concreta para o problema principal da presente dissertação, como se demonstrará infra.

“O processo administrativo deve ser o meio adequado a que possam ter expressão e confrontar-se todos os verdadeiros titulares de direitos e interesses atendíveis na sociedade plural e aberta em que vivemos”¹¹⁷.

A reforma feita e as alterações introduzidas consubstanciaram significativas mudanças no paradigma até então existente, nomeadamente no regime do processo dos tribunais administrativos, regulado pela lei 15/2002 de 22 de Fevereiro, que aprovou o código do processo dos tribunais administrativos¹¹⁸, na criação de novos meios cautelares etc.

Paralela e quase simultaneamente, através da Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro foi aprovado o Novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, ETAF.

¹¹⁷ MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE, ob. cit., cit. pp., 864.

¹¹⁸ O código do processo nos tribunais administrativos viria no entanto a ser alterado posteriormente pela Lei 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, e pela lei 59/2008, de 11 de Setembro, e mais recentemente pela lei 63/2011, de 31 de Dezembro.

As alterações ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais tiveram a sua incidência quer no plano organizativo e funcional dos tribunais quer no âmbito delimitativo da jurisdição administrativa.

A propósito, no que mais releva para esta dissertação, o art. 2º do CPTA dispõe que o Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva compreende o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, todas e quaisquer pretensões deduzidas em juízo, bem como a possibilidade de as fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias com o objetivo de assegurar o efeito, útil, que se pretende obter pela decisão.

A todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponderá uma tutela adequada junto dos tribunais administrativos, no sentido de obter as mais variadas pretensões, desde que estas tenham observado os pressupostos processuais de que dependem e, ainda, a possibilidade de fazer executar essas decisões.

A estes dois planos distintos, declarativo e executivo, acresce uma terceira dimensão, a dimensão cautelar ¹¹⁹.

A demora na justiça, *maxime*, na justiça administrativa, levou à ampliação desta tutela cautelar, através das providências cautelares e da consagração de novas providências cautelares típicas, conservatórias ou antecipatórias¹²⁰ necessárias para assegurar o efeito útil da decisão.

A tutela judicial efetiva pressupõe que as decisões judiciais sejam úteis, ou seja, que evitem a materialização de atos com efeitos irreparáveis ou cuja reparação seja de *mui* difícil reparação¹²¹.

É no desenvolvimento das alterações já introduzidas ao CPTA que o presente trabalho poderá ter especial relevo.

¹¹⁹ Cit. pp 31; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA – CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *in*, Comentário ao Código de Processo nos tribunais Administrativos, Almedina. 3º edição revista 2010.

¹²⁰As primeiras têm como objectivo manter a situação existente, as segundas visam a antecipação parcial ou total, da solução pretendida no processo principal, ainda que em termos provisórios. VIEIRA DE ANDRADE, *in* A Justiça Administrativa.

¹²¹ Significa isto que a pronuncia judicial sobre as pretensões deduzidas em matéria de emprego público, muitas vezes, surgem quando existem já situações jurídicas com as quais colide ou que evoluíram em termos tais que, na verdade, prejudicam a sua adequada satisfação actual (nomeadamente, existe já um articulado de relações jurídicas construídas em cadeia que torna difícil a execução da sentença judicial e que faz prolongar o diferindo ainda mais no tempo)". NEVES, ANA FERNANDA, *in*, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 245.

O nº 1 do art.º 36 do CPTA - Processos Urgentes - identifica os processos urgentes, que beneficiam de uma tramitação própria.

Não se deve, contudo, confundir estes processos urgentes com os processos cautelares, pois, quanto aos primeiros, estes gozam de um regime específico, caracterizado por uma tramitação rápida e simplificada, mas de forma autónoma e independente, o mesmo já não acontece quanto aos segundos, pois a instrumentalidade e dependência da ação principal, cunham este tipo de processo.

Não obstante ambos terem como característica a urgência, a distinção está na autonomia conferida a uns e na instrumentalidade dos outros.

Nestes termos, são processos urgentes para além dos processos cautelares¹²², as impugnações e as intimações urgentes¹²³, que são caracterizados como processo principais urgentes.¹²⁴

Assim, como processos principais urgentes temos os processos referentes ao contencioso eleitoral (arts.º 97º a 99º), processo relativos ao contencioso pré-contratual (arts.º 100º a 103º)) intimação para a prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões (art.º 104º a 108º) e a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias(arts. 109 a 111º).

No entanto, o recurso às providências cautelares têm como principal intento assegurar a utilidade do que venha a ser o processo principal.

Nesses casos a utilidade da lide poderá ficar na dependência do decretamento ou não do processo cautelar.

A necessidade das providências cautelares verifica-se em várias situações, nomeadamente, admissão provisória ao procedimento concursal, pagamento provisório de uma remuneração, suspensão da eficácia de um ato (lesivo) entre tantas outras. E de acordo com o princípio *da atipicidade e elasticidade das formas da tutela cautelar*, várias podem, e diremos nós devem ser as providências requeridas.

O objetivo é claro, mas nem por isso sempre facilmente alcançado, *id est*, conciliar e harmonizar a utilidade (futura) da sentença com os interesses e pretensões em ponderação naquele momento.

¹²² Regulados nos arts.112º e ss do CPTA

¹²³ Arts.º 97º a 111º do CPTA

¹²⁴ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *in*, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 3ª edição revista, 2010, cit., pp., 221.

No entanto, maior será a dificuldade - em obter a sua procedência - devido aos requisitos¹²⁵ que importam estar verificados para que o decretamento da providência seja possível¹²⁶.

A respeito da tutela cautelar, o art.º121º do CPTA merece que nos debrucemos mais detalhadamente sobre o seu conteúdo.

Dispõe o n.º1 do normativo citado que *quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses*

¹²⁵ “Em matéria de conteúdos, a legislação portuguesa admite providências de qualquer tipo (universalidade), desde que sejam adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir num determinado processo.

Como condição de procedência temos *fumus boni iuris*.

O critério do “*fumus boni iuris*” (aparência de bom direito) é decisivo na legislação portuguesa em matéria cautelar.

Com efeito, se o requerente de uma providência cautelar conseguir demonstrar a evidência da procedência do processo principal, o juiz deve decretar a providência sem necessitar da prova do outro requisito (*periculum in mora*).

Pelo contrário, caso seja manifesta a falta de fundamento da pretensão do processo principal (*fumus malus*), a providência cautelar não é decretada ainda que seja provado o requisito do “*periculum in mora*”.

Nas situações intermédias, a legislação portuguesa optou por fazer uma graduação consoante o tipo de providência cautelar em questão.

Se for provável que a pretensão principal venha a ser julgada procedente nos termos da lei, pode ser decretada a providência, mesmo que seja antecipatória. Por seu turno, se a providência requerida for conservatória, já não é necessário que o juiz fique com convicção da probabilidade de que a pretensão seja procedente, bastando que não seja manifesta a falta de fundamento.

Posteriormente, sempre será necessário provar o *periculum in mora*.

A providência cautelar, ao ter como objectivo garantir a utilidade da sentença, pressupõe a existência de um perigo de inutilidade da sentença a proferir no processo principal, resultante da demora da resolução do mesmo.

A legislação portuguesa estabelece o requisito do “*periculum in mora*” ao exigir, para a adopção da providência, que haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente da providência cautelar quer assegurar na acção principal.

Em sede cautelar, o juiz irá fazer um juízo de prognose, isto é, irá analisar uma hipotética sentença de provimento, para concluir, se há ou não, motivos para recear que tal sentença se venha a revelar como inútil, em virtude de se ter consumado, entretanto, uma situação de facto incompatível com aquela ou por se terem, entretanto, produzido prejuízos de difícil reparação para quem dela deveria beneficiar.

A prova do “*periculum in mora*” incumbe ao requerente da providência cautelar.

Assim, a providência cautelar é rejeitada caso se entenda que a sua concessão pode provocar danos (ao interesse público ou de terceiros) desproporcionados em relação aos danos do requerente que se pretendem evitar.

Conforme referido, se for evidente a procedência da pretensão formulada, o Tribunal não tem necessidade de averiguar se o critério do “*periculum in mora*” se encontra provado para a concessão da providência. Se pelo contrário, for manifesta a falta de fundamento da pretensão principal, o juiz irá indeferir a providência cautelar sem necessidade de aferir o critério do “*periculum in mora*”.

O critério do “*periculum in mora*” irá, assim, ser aferido nas situações intermédias. Amaral, Diogo Freitas, Almeida, Mário Aroso de, “Grandes Linhas da Reforma de Contencioso Administrativo”.

¹²⁶ “A aferição e ponderação comparativa dos prejuízos, basilar para aquilatar do deferimento da providência, assentam em juízos de facto, que envolvem a sua alegação e especificação concretas”. NEVES, ANA FERNANDA, *in*, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 246. Neste sentido, e como já tivemos oportunidade de referir, nem sempre se afigura fácil em primeiro lugar “concretizar naquele momento” todos os eventuais prejuízos e, em segundo lugar, o risco de antecipação definitiva de uma realidade - por parte do julgador - pode ter igualmente consequências que não podem ser desvalorizadas. Face à necessidade deste equilíbrio (necessário) maior a dificuldade de ver procedentes os processos cautelares nestes casos.

envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adoção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos para o processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal.

Nestes casos, opera-se *um fenómeno de convolação do processo cautelar em processo principal*¹²⁷.

Esta solução permite, de forma inovadora, no contencioso administrativo, que o tribunal antecipe a decisão sobre o mérito da causa para o momento em que tenha que decidir sobre o processo cautelar.

No entanto, esta solução apresenta, como não poderia deixar de ser, requisitos ainda mais exigentes para que possa operar.

Assim, a antecipação da decisão sobre o mérito da causa depende da verificação cumulativa de dois requisitos, designadamente, *primo*, que haja manifesta urgência na resolução definitiva do caso - situação essa que não se compadece com a “mera” adoção de providência cautelar - “correspondendo este requisito à situação substantiva que tem de ser detectada para que o tribunal possa equacionar a hipótese da antecipação do juízo sobre o mérito da causa¹²⁸”, e como diz Isabel Fonseca, *visando salvaguardar uma situação de urgência qualificada*¹²⁹, e, *secundo*, que o tribunal, ouvidas as partes, e *considerando as objeções por elas formuladas*, o tribunal se sinta em condições de decidir a questão de fundo, por dispor, de “*todos os elementos necessários para o efeito*”¹³⁰ - sendo este um requisito de ordem processual que impõe ao julgador que esteja na posse de todos de todos os elementos necessários para que possa antecipar o juízo sobre a causa principal.

A aplicação deste artigo importa “*grande prudência por parte do julgador, o qual só excepcionalmente se deve decidir pela convolação*”¹³¹.

Como refere Isabel Fonseca¹³², *no plano teórico, a aplicação deste mecanismo implica operações exegéticas de assinalável dificuldade. E por isso, dada a sua configuração na disciplina processual administrativa, cumpre refletir sobre a sua compatibilidade com o direito*

¹²⁷ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, ob., cit., cit., pp., 820.

¹²⁸ *Idem*, cit. pp., 822.

¹²⁹ Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 67, cit., pp., 63

¹³⁰ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, ob.cit

¹³¹ Acórdão do TCA de 26 de Julho de 2007, Proc.n3160/06.3 BEPRT, 1.º secção, in www.dgsi/pt

¹³² *In*, Cadernos de Justiça Administrativa, as (in)justiças do art.º 121.º do CPTA: depressa e bem...há pouco como cit. pág. 65.

fundamental de acesso aos tribunais, sobretudo no que respeita a certos «subdireitos» ou «subprincípios» ou dimensões ínsitas neste direito, qual seja a tutela jurisdicional efetiva e o processo equitativo.

Mas este mecanismo exige uma prudência acentuada e um risco porventura demasiadamente elevado.

Não estando na posse de todos elementos que importem à boa decisão da causa, o tribunal deve pois decidir em termos provisórios - e esta provisoriedade não é suficiente.

Assim, o sistema atual deixa sem tutela efetiva um amplo espaço, dada a multiplicidade possível de manifestações por parte da administração¹³³.

Em síntese, o entendimento que deve ser feito é que os mecanismos ordinários não parecem oferecer a tutela necessária e tão pouco os mecanismos urgentes autônomos garantem (atempadamente) uma solução tão célere e mais do que isso, tão eficaz quanto desejável.

Entendendo a justiça como um valor fundamental que o ordenamento jurídico tem de prosseguir em primeira sede, a missão primordial de qualquer Estado deve ser a concretização desta.

Esta é uma decorrência do Direito natural.

No entanto a tutela jurisdicional efetiva não será plena nem tão pouco útil, se o conteúdo constante da sentença não for cumprido ou se não houver mecanismos capazes de coercivamente poder exigir o seu cumprimento. O tempo necessário para que todo o engenho possa efetivamente funcionar, não se coaduna, na sociedade atual, com a delonga decorrente da falta de cumplicidade entre a solução idealizada e a verdadeiramente existente.

O tempo de resolução da litigiosidade é pois o elemento chave a considerar. Para que melhor se entenda o alcance e a pertinência do tema central desta dissertação e do(s) problema(s) suscitados, nada melhor que concretizá-lo com alguns casos verídicos que bem espelham a insuficiência da tutela dos particulares e a lacunosa solução que a lei oferece

¹³³ GARCIA, MARIA DA GLÓRIA, *in*, Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I, O Debate Universitário (trabalhos preparatórios).

CAPITULO II

1.– Casos paradigmáticos - Os problemas subjacentes à insuficiência da tutela garantística

1.1. Caso Paradigmático 1

Tomemos como primeiro exemplo um caso verídico que ainda corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, (mas apenas) relativamente ao pedido de indemnização cível efetuado *à posteriori*, pois que o mérito da questão foi decidido, dando razão às autoras. Mas vejamos o caso concreto.

Os representados pelo autor (RA) foram opositores ao procedimento concursal, aberto pelo aviso de abertura 11413/2004, publicado no *DR* 2º Série de 3/12, concurso interno de ingresso, aberto para a admissão de vinte e cinco verificadores auxiliares aduaneiros de 2ª classe para a Alfândega do Aeroporto do Porto.

O autor foi uma associação sindical que intentou a ação competente, em representação dos seus associados.

No caso concreto, foi intentada uma Ação Administrativa Especial de pretensão conexa com ato administrativo, cumulada, nos termos da alínea a) do nº 2 do art. 4º do CPTA.

À data de abertura do concurso mencionado, os RA eram agentes administrativos, porquanto haviam celebrado um contrato administrativo de provimento¹³⁴ ao abrigo do já revogado DL 344/99¹³⁵ de 26 de Agosto, nos termos do artº 3¹³⁶ desse mesmo diploma.

¹³⁴ O contrato administrativo de provimento constituía o contrato nos termos do qual um indivíduo se obrigava, em regra com carácter transitório, de funções públicas específicas – do ponto de vista da idoneidade pessoal reclamada, do ponto de vista da tecnicidade, ou, ainda, pela sua não estabilidade, da indefinição organizacional do ente público com a sujeição a um regime específico de direito administrativo. Frequentemente este vínculo era uma espécie de pré-fase à constituição de uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado. A duração, o termo e as condições inerentes a este tipo de contrato, entretanto extintos, eram definidos em estatutos jurídicos próprios, sem prejuízo da definição legal geral constante dos arts.º 16º e 17º do DI 427/89 de 7 de Dezembro. A partir de 2008, com a entrada em vigor da LVCR este tipo de contrato deixou de ser um dos vínculos possíveis de constituição da relação jurídica de emprego público.

¹³⁵ O DL 344/99, de 26 de Agosto, instituiu que durante um período de três anos, as escolas podiam celebrar contratos administrativos de provimento, para categorias de ingresso nas carreiras de pessoal não docente. Esses contratos tinham a duração de um ano, e podiam ser tácita e sucessivamente renovados até ao limite máximo de 5 anos.

Na qualidade de agentes, foram pois os RA opositores ao referido concurso de ingresso para admissão de vinte e cinco auxiliares aduaneiros de 2ª classe.

Decorridas as operações de seleção, os RA encontravam-se posicionados na lista de graduação final, em lugar que lhes permitia serem nomeados.

No entanto, foi negado aos RA o direito à nomeação em lugar do Quadro da Direção Geral das Alfandegas e dos Impostos na categoria já mencionada.

A posição tomada alicerçou-se no facto dos RA serem no momento da nomeação, detentores de um contrato individual de trabalho e, assim, como opositores ao concurso, terem deixado de deter a qualidade de Agentes, a partir de Dezembro de 2005, por força da resolução do seu contrato Administrativo de Provisamento e posterior celebração de um contrato individual de trabalho ao abrigo do DL 184/2004 de 29 de Julho.¹³⁷

À data dos factos, a interpretação que motivou posteriormente a ação intentada pelos RA ancorou-se num Parecer Consultivo da PGR 50/2005 de 19 de Maio, homologado pelo Ministro da Solidariedade e Segurança Social em 25 de Junho do mesmo ano¹³⁸, que a propósito concluiu:

“1ª – Os requisitos (gerais e especiais) legalmente exigidos para admissão a concurso de provimento devem verificar-se «até ao termo do prazo fixado para apresentação das candidaturas» (art.o 29º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho) e manter-se no momento do provimento;

2º - A cessação de contrato administrativo de provimento na pendência de concurso interno de ingresso obsta à nomeação dos candidatos que, por virtude da cessação, não detenham no momento do provimento a qualidade de agente administrativo.”

Da defesa feita, invocou-se entre outros, além do vício de violação de lei por contradição com os artº 6 e 29º do DL nº 2204/98, de 11 de Junho, a violação do direito fundamental à segurança no emprego, previsto no artº 53º da CRP, o direito de acesso à função pública, também ele com assento constitucional, artigo 47º nº 2, violação dos princípios da Lealdade, da Boa-Fé Procedimental, da Igualdade. Invocou-se ainda que sempre

¹³⁶ O artigo 3º do DL 344/99 de 26 de Agosto, dizia que o recrutamento de pessoal em regime de contrato administrativo de provimento se regia pelas disposições constantes do art. 17º do DL 427/89 de 7 de Dezembro. Este diploma era o que definia o regime da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública.

¹³⁷ Este DL estatuiu o estatuto específico do pessoal técnico-profissional, administrativo e de apoio educativo dos estabelecimentos de educação pré-escola e dos ensinos básico e secundário, designado por não docente.

¹³⁸ Publicado no DR, II Série, n.º 165 de 29 de Julho de 2005.

seria necessário fazer a distinção entre requisitos de admissão e requisitos necessários para o provimento nos lugares a preencher, que “¹³⁹os requisitos ou condições legais exigidos na lei devem verificar-se até ao termo do prazo de encerramento do respetivo concurso se outra coisa não estiver estabelecida” uma vez que é “ *o momento que oferece quer à administração quer aos candidatos melhores garantias de estabilidade e certeza*” e que “ *é o único (momento) que não sujeita a admissão ou exclusão dos candidatos a quaisquer flutuações*”.

O aludido parecer refere ainda que esta seria uma das exigências da estabilidade do concurso, dizendo também que “ ¹⁴⁰*o requisito da vinculação por contrato administrativo de provimento se deve ter por verificado no momento em que foi fixado pelo artigo 29º, nº 3 do Decreto-Lei nº 204/98, ou seja, no termo do prazo para apresentação das candidaturas, adquirindo desde logo os candidatos que o preenchem o direito a serem nomeados, caso sejam solucionados e graduados nos termos estabelecido, independentemente da continuidade do contrato (sujeito a limite temporal) na data do provimento*”.

Como já mencionado, a ação viria ser procedente, não só relativamente aos RA, bem como relativamente a outro opositor ao concurso mencionado, que estava em situação em tudo idêntica à dos RA o que viria a ser confirmado pelos Doutos Acórdãos do tribunal Administrativo e Fiscal do Porto de 13 de Julho de 2009¹⁴¹ e 2 de Novembro de 2009.

Em ambos os Acórdãos, a decisão, como referido, foi no sentido da procedência, concluindo-se pela obrigação da nomeação dos autores.

O Acórdão começou por mencionar que a questão em apreço já havia sido apreciada pelo Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão de 22 de Abril de 2009, no âmbito do Processo 0949/08, desta feita com o sentido da decisão desfavorável à pretensão dos RA.

Nesse Acórdão, como mais relevante, podia ler-se: “*Ora , Pelo exposto, a nosso ver, a letra da regra geral do art. 29º/1 do DI 204/98, aponta em sentido desfavorável à pretensão do autor.*

Porém, este elemento literal não é decisivo, uma vez que, tal como foi entendido pelo Acórdão recorrido, por si só, não obstará a que a lei antecipe para a data de admissão o momento final para a verificação dos requisitos de provimento que, sejam também requisitos

¹³⁹ cit. Voto vencido da Ex^a Senhora Procuradora-Geral Adjunta Maria de Graça de Carvalho, em reporte aos anteriores pareceres do Conselho Consultivo da PGR (nº 53/64 e 20/51).

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ Acórdãos do tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, Unidade Orgânica 5, Processo nº 2030/07.2BEPRT e Processo nº 2861/06.OBEPRT, *in*, www.dgsi.pt.

de admissão, relevando-se, então, como condição de nomeação, a situação dos candidatos existente nesse momento"

Prosseguiu o Acórdão que viria a dar razão aos RA, dizendo que “ a *ratio legis* constitui um subsídio interpretativo que não pode ser ignorado, por ser “da maior importância” – Baptista Machado, *in* “ introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador” para determinar o sentido das regras jurídicas em geral e, em particular, das normas de direito administrativo – Afonso Queiró, *in* “ Lições de Direito Administrativo”, 1967, pp. 568/569.”

Continuou explicando que “a lei reguladora dos concursos públicos de recrutamento e seleção de pessoal visa, além do mais, pela positiva, assegurar o acesso aos mais aptos e capazes para as exigências do lugar a preencher e, pela negativa, afastar os inábeis, inadequados e indignos do desempenho das funções que pretende prover”, sendo seguramente esse um dos fins da lei na defesa do interesse coletivo. Disse ainda que “ Dado este fim da lei, consideramos inaceitável a interpretação que elege a admissão dos candidatos como momento único e preclusivo para a verificação de todos os requisitos de provimento, a partir do qual se opera a estabilização definitiva da relação jurídica procedimental”.

Prosseguiu apresentando a fundamentação da decisão, e que face ao factos referidos e tendo presente a procedência do vício invocado de violação de lei, não tinha a Administração margem de manobra na prática de novo ato que outro não podia ser que não o da nomeação dos RA, ato esse de conteúdo estritamente vinculado na prática do qual não assiste ao R. qualquer margem de discricionariedade, dado a graduação dos RA no concurso em apreço em lugar que lhes permitia serem nomeados, para depois concluir: “ pelo exposto, acorda-se julgar procedente a presente ação administrativa especial, anulando-se o ato impugnado, condenando-se o R. a nomear os representados do A. na categoria de verificador auxiliar aduaneiro de 2ª classe, da carreira de verificador auxiliar aduaneiro.

O caso exposto demonstra claramente a necessidade de tudo quanto se afirma ser necessário na presente tese, *id est*, que a tutela efetiva é insuficiente e lacunosa, que em fase de execução de sentença, a mesma revela fragilidades e insuficiências, que, a portaria 145-A/2011, não obstante contemplar a solução vertida no seu artº 50, se revela *primo* incapaz de abranger todos os casos, antes sim reduzindo a sua amplitude apenas aos casos, e só a esses, idênticos ao acabado de referir e *secundo*, atesta ainda a relação promíscua entre o poder legislativo e jurisdicional com a consequência de fazer nascer uma indesejada relação -

ainda confusa - entre os Tribunais e a Administração, cuja ingerência na esfera individual de cada um se torna muitas vezes difícil de delimitar.

Vejamos, passo a passo, tudo quanto vem sendo dito, e que sem dúvida alguma constitui o núcleo essencial da presente tese.

Essencial e resumidamente, o que se passou no caso descrito foi que determinados administrados foram opositores a um procedimento concursal e, no exato momento em que deviam ser nomeados, viram o seu direito negado pelas razões supra descritas.

Irrelevem-se agora em termos de mérito as razões que poderia assistir a cada parte, que disso já cuidou o tribunal de responder e veja-se, na realidade, o alcance do problema que ora se levanta.

Inicialmente, o concurso era, como já referido, para admissão de 25 trabalhadores.

Todos os métodos de seleção obrigatórios e os tidos como convenientes foram ultrapassados, mas, no momento final, no último momento, no momento da nomeação, simplesmente optou-se por não nomear os trabalhadores que figuravam na lista final em lugar que lhes permitia serem nomeados.

Consequentemente, foram as vagas preenchidas pelos trabalhadores que ocupavam os lugares imediatamente a seguir na lista de graduação final.

Como não podia deixar de ser, não contentes, os trabalhadores excluídos trataram, e bem, de impugnar judicialmente tal decisão, vendo a sua ação ser procedente cerca de cinco anos depois.

Reiterando-se a ideia de que a doença crônica apontada à justiça é a morosidade - de todo o engenho processual - cinco anos para lograr obter uma decisão é um manifesto exagero, mas adiante, o problema, pôs-se, em parte e posteriormente, na execução da sentença, como se explicará de seguida.

A sentença, como referido supra, entendendo que a Administração não dispunha de qualquer margem conformadora, condenou-a à integração dos recorrentes.

Entre outros, o problema aqui coloca-se na falta de exequibilidade integral da sentença, simplesmente porque não era possível.

A este respeito releva o instituído pelo art.º 50º da portaria 145-A/2011, de 6 de Abril, sob a epígrafe “**Execução da decisão jurisdicional competente**” onde é dito que, “para a reconstituição da situação real atual decorrente da procedência da impugnação jurisdicional de ato procedimental que tenha impedido a imediata constituição de uma relação

jurídica de emprego público em órgão ou serviço responsável pela realização do procedimento, o impugnante tem o direito a ocupar idêntico posto de trabalho, não ocupado ou a criar, no mapa de pessoal, nos termos da lei”.

Lido com menos atenção, este artigo parece ter uma abrangência enorme, cuidando de solucionar, à final, todos os casos que eventualmente surjam.

Porém, de uma leitura mais atenta, é possível inferir exatamente o contrário.

As palavras chave, no artigo em referência, são as palavras “imediata constituição”. Deste modo, interpretado literalmente o artigo, só quando esteja em causa a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego público é que ele poderá ser aplicado.

No caso descrito essa era exatamente a situação, já que o problema ocorreu no momento da nomeação, ato esse que impediu a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego público.

Pelo exposto, parece não se poder configurar como possível recorrer à solução aí conformada, quando, por exemplo, um opositor ao concurso seja excluído numa fase prévia à nomeação (ou contratação) não tenha conseguido admissão provisória ao concurso, através, por exemplo, do recurso a uma providência cautelar.

Como dessa situação, assim configurada, não houve ato procedimental que tenha impedido a constituição imediata de uma relação jurídica de emprego público, simplesmente o recurso a este artigo para repor a situação hipotética que existiria se não tivesse existido a prática do ato viciado não é possível, não se vislumbrando qualquer outra solução legal.

Depois, a situação configurada pela lei, parece manifestamente em contradição com todo o quadro legislativo existente, ou pelo menos, contra grande parte dele.

Como vimos, todo o procedimento concursal está vinculado a um conjunto de princípios que se impõe respeitar, nomeadamente, o da Transparência, da Legalidade, da Igualdade, da Boa-Fé procedimental, da Prossecução do Interesse Público entre outros.

“Os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do estado e outras entidades públicas, estão exclusivamente ao serviço do interesse público, apurado, nos termos e em concretização da lei, pelos órgãos competentes da administração (art.º 269º n.º 1 da CRP)”¹⁴².

Com isto pretende-se traduzir a ideia de que afeta à atividade desenvolvida por cada trabalhador está inerente uma dupla responsabilidade partilhada: a do respeito e subordinação

¹⁴² cit. pp. 419, TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL, VOL IV, ALMEDINA 2010.

para com o seu empregador, exercendo de modo idóneo e capaz as suas funções, corporizando a vontade e os poderes deste sempre em respeito e nunca descurando o interesse público, que lhe diz respeito quer a título profissional quer a título individual.

Há pois se assim quisermos entender, uma espécie de qualificação gradativa no desempenho das “funções públicas¹⁴³”.

Aliado, surge o princípio da responsabilidade pessoal¹⁴⁴, que é afirmado também pela própria CRP.

A solução configurada nos moldes atuais é atentatória de quase todos os princípios referidos, com o *plus* da possível violação do princípio da separação dos poderes e do próprio interesse público.

Como vimos, o intento subjacente a todo o procedimento concursal é a contratação dos que se revelem melhores para o desempenho das funções a desempenhar, segundo as necessidades evidenciadas ou identificadas por cada serviço.

Encrava desde logo aqui a solução legal existente, por dois motivos, primeiro porque não se contrataram *ab initio* os melhores, que foram excluídos e só posteriormente admitidos, em claro prejuízo desde logo para o interesse público, que vê entrar nos seu quadros as segundas opções ou suplentes se assim preferirmos.

Posteriormente, e admitindo a procedência das impugnações feitas pelos excluídos do procedimento concursal, esses terão, no final, que ser admitidos em vaga a criar.

Pois bem, fica duplamente prejudicado o interesse público.

Em linguagem mais aligeirada, a administração contrata ela própria excedente de mão de obra, pois os procedimentos concursais abertos tinham em atenção as necessidades dos serviços e, no entretanto, as vagas foram preenchidas por outros candidatos, que no final tiveram ainda que “absorver” todos aqueles a quem o tribunal reconheceu o direito de ocuparem os seus lugares nos quadros da Administração sem que, por tal, os que tenham entrado vejam cessar a sua relação jurídica de emprego público constituída.

¹⁴³ A responsabilidade acrescida pelo exercício de funções públicas tem correspondência no n. 2 do art. 266 da CRP, onde se institui que os trabalhadores no exercício das funções estão vinculados a fazê-lo em respeito pelos princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade da imparcialidade e da boa-fé.

¹⁴⁴ Art. 271.º n.º 1 da CRP concretiza essa mesma ideia da responsabilidade dos funcionários pelo exercício das suas funções quer por ações quer por omissões. Esta é uma responsabilidade civil, criminal e disciplinar, sendo que esta responsabilidade civil é acompanhada da responsabilidade solidária do Estado e demais entidades públicas nos termos do art.º 22 (também da CRP).

Relativamente à proteção deste terceiros nada haverá a opor, deriva da proteção que a lei, e bem, lhes confere. Tanto mais que não faria sentido serem prejudicados por erros de terceiros.

Podemos observar claramente que a AAE, não garante uma tutela efetiva dos direitos do particular, porque não atua na sua esfera com a rapidez e eficiência necessária.

Por outro lado a solução avançada pelo artº 50º da Portaria é redutora e limitativa.

Esta solução configurada na portaria 145-A/2011, relativamente aos problemas emergentes dos procedimentos concursais tendentes à constituição de uma relação jurídica de emprego público, é pois, em nosso entender, uma solução confrangedora, tanto mais que, eventualmente, só poderá ser aplicada aos casos de exclusão de concurso e não aos casos de não admissão. Sobre ela especificamente nos debruçaremos mais detalhadamente.

1.1.Caso Paradigmático 2

Vejamos, agora, outro caso real, na medida em que este trabalho tem como essência a tentativa de avançar com uma solução mais capaz que a contemplada no atual modelo e com um cariz que se requer totalmente pragmático.

Determinada candidata, foi opositora ao Procedimento concursal comum¹⁴⁵, com vista à constituição de reservas de recrutamento na carreira e categoria de Assistente Técnico do mapa de pessoal do Centro Distrital de Braga, do Instituto de Segurança Social, I.P. Os requisitos de admissão¹⁴⁶ relativos ao trabalhador eram permitidos por lei.

¹⁴⁵ Publicado no *Diário da República*, 2ª Série, N.º 177 de 14 de Setembro de 2011

¹⁴⁶ Ser detentor de relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado ou encontrar-se em situação de mobilidade especial e possuir

os requisitos enunciados no artigo 8.º da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de Fevereiro, a saber:

- a) Nacionalidade portuguesa, quando não dispensada pela Constituição, convenção internacional ou lei especial;
- b) 18 anos de idade completos;
- c) Não inibição do exercício de funções públicas ou não interdição para o exercício das funções que se propõe desempenhar;
- d) Robustez física e perfil psíquico indispensáveis ao exercício das funções a que se candidata;
- e) Cumprimento das leis de vacinação obrigatória.

7 – Nível habilitacional:

Dos pontos oitavo e nono do concurso em causa, constavam outro requisito (limitações *de per se* potencialmente ilegal), nomeadamente o facto de não poderem ser admitidos os candidatos que, cumulativamente, se encontrem integrados na carreira e, não se encontrando em mobilidade, ocupem postos de trabalho previstos no mapa de pessoal do serviço idênticos aos postos de trabalho cuja ocupação se pretende com o presente procedimento concursal. Até aqui tudo normal, mas, estava também vedada a admissão de candidatos oriundos das Administrações Autárquicas e Regionais, por inexistência do necessário parecer prévio dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pela Administração Pública, nos termos do n.º 2 do artigo 40.º da Lei n.º 55 -A/2010, de 31 de Dezembro”¹⁴⁷.

Por si só, esta limitação é, em nossa opinião, violadora do princípio da igualdade de acesso e de oportunidade.¹⁴⁸

Atente-se agora no ponto décimo do mesmo concurso: *“Apenas se podem candidatar trabalhadores com remuneração igual ou superior à primeira posição remuneratória da categoria e carreira de assistente técnico, a que corresponde o nível remuneratório 5, da tabela remuneratória única, aprovada pela Portaria n.º 1553 -C/2008, de 31 de Dezembro, conforme n.º 10 do artigo 24.º da Lei n.º 55 -A/2010, de 31 de Dezembro.*

O procedimento concursal em questão, como mencionado, foi com vista à constituição de reservas de recrutamento.

Não obstante o cariz de urgência¹⁴⁹ do mesmo, e não obstante ter sido aberto no ano de 2011, certo é que só em meados de 2012 é que saiu o projeto de lista dos candidatos admitidos e excluídos.

A candidata, foi notificada, por e-mail¹⁵⁰, em 9 de Agosto do presente ano, para que, em sede de Audiência dos Interessados, viesse dizer por escrito, o que se lhe oferecesse, sobre a intenção do Júri de proceder à sua exclusão do concurso em epígrafe, nos termos do

Para ingresso na carreira de Assistente Técnico é exigida a titularidade do 12.º ano de escolaridade ou de curso que lhe seja equiparado, conforme expresso na alínea b) do n.º 1 do artigo 44.º da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de Fevereiro, não se colocando a possibilidade de substituição do nível habilitacional por formação ou experiência profissional.

¹⁴⁷ Lei do Orçamento de estado para o ano de 2011

¹⁴⁸ Recentemente, com a criação de vários mega agrupamentos escolares, várias escolas foram agregadas integradas nas Autarquias, ficando sob a alçada destas (pessoal docente não incluído). Assim, temos que por exemplo na mesma escola há trabalhadores que podem ser opositores ao referido concurso, desde que “pertencam” ao ministério da educação, e outros, porque integrados nos quadros das Câmaras, não são elegíveis para o concurso em questão.

¹⁴⁹ Nos termos do art.54.º da LVCR, o procedimento concursal é simplificado e urgente.

¹⁵⁰ Modalidade de notificação prevista na al) a do n.º 3 do art.º 30º da Portaria.

n.º 1 e 3 do art.º 30.º da Portaria 83-A/2009, de 22 de Janeiro, alterada e republicada pela Portaria n.º 145-A/2011, de 6 de Abril, e conforme o disposto no n.º 1 do art.º 31.º da Portaria em conjugação com o art.º 101.º do Código do Procedimento Administrativo.

Como motivo fundamentador da sua exclusão, o facto de auferir remuneração inferior à primeira posição remuneratória da categoria e carreira de Assistente Técnico, a que corresponde o nível 5 da tabela remuneratória única, nos termos do ponto 10 do Aviso de Abertura do Procedimento Concursal e art.º 24^{o151} da Lei 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

¹⁵¹ Artigo 24.º

Proibição de valorizações remuneratórias

1 - É vedada a prática de quaisquer actos que consubstanciem valorizações remuneratórias dos titulares dos cargos e demais pessoal identificado no n.º 9 do artigo 19.º

2 - O disposto no número anterior abrange as valorizações e outros acréscimos remuneratórios, designadamente os resultantes dos seguintes actos:

- a) Alterações de posicionamento remuneratório, progressões, promoções, nomeações ou graduações em categoria ou posto superiores aos detidos;
- b) Atribuição de prémios de desempenho ou outras prestações pecuniárias de natureza afim;
- c) Abertura de procedimentos concursais para categorias superiores de carreiras pluricategoriais, gerais ou especiais, ou, no caso das carreiras não revistas e subsistentes, incluindo carreiras e corpos especiais, para as respectivas categorias de acesso, incluindo procedimentos internos de selecção para mudança de nível ou escalão;
- d) Pagamento de remuneração diferente da auferida na categoria de origem, nas situações de mobilidade interna, em qualquer das suas modalidades, iniciadas após a entrada em vigor da presente lei, suspendendo-se a aplicação a novas situações do regime de remuneração dos trabalhadores em mobilidade prevista nos n.os 1 a 4 do artigo 62.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.os 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, bem como a dispensa do acordo do trabalhador a que se refere o n.º 2 do artigo 61.º da mesma lei nos casos em que à categoria cujas funções vai exercer correspondesse uma remuneração superior.

3 - O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação do regime da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, assim como das respectivas adaptações nos casos em que tal se verifique, sendo que os resultados da avaliação dos desempenhos susceptíveis de originar alterações do posicionamento remuneratório ao abrigo da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.os 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, podem ser consideradas após a cessação da vigência do presente artigo, nos seguintes termos:

- a) Mantêm-se todos os efeitos associados à avaliação dos desempenhos, nomeadamente a contabilização dos pontos a que se refere o n.º 6 do artigo 47.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.os 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, bem como a contabilização dos vários tipos de menções a ter em conta para efeitos de mudança de posição remuneratória e ou atribuição de prémios de desempenho;
- b) As alterações do posicionamento remuneratório que venham a ocorrer após 31 de Dezembro de 2011 não podem produzir efeitos em data anterior àquela;
- c) Estando em causa alterações obrigatórias do posicionamento remuneratório, a efectuar ao abrigo do disposto no n.º 6 do artigo 47.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, quando o trabalhador tenha, entretanto, acumulado mais do que os 10 pontos, os pontos em excesso relevam para efeitos de futura alteração do seu posicionamento remuneratório, nos termos da mesma disposição legal.

4 - São vedadas as promoções, independentemente da respectiva modalidade, ainda que os interessados já reúnam as condições exigíveis para o efeito à data da entrada em vigor da presente lei, excepto se, nos termos legais gerais aplicáveis até àquela data, tais promoções devessem obrigatoriamente ter ocorrido em data anterior àquela.

5 - As alterações do posicionamento remuneratório, progressões e promoções que venham a ocorrer após a vigência do presente artigo não podem produzir efeitos em data anterior.

Resulta do exposto uma manifesta violação de vários preceitos legais, senão vejamos:

A portaria regulamentadora dos procedimentos concursais, em toda a extensão conferida pela Lei 12-A/2008, foi pensada no sentido de dar plena consagração aos princípios com acervo constitucional, designadamente os já referidos – liberdade de candidatura, da igualdade de condições e de oportunidade.

6 - O disposto nos números anteriores não prejudica as mudanças de categoria ou de posto necessárias para o exercício de cargo, bem como de graduações para desempenho de cargos internacionais, desde que se verifiquem os seguintes requisitos cumulativos:

a) Que estejam reunidos os demais requisitos ou condições gerais e especiais legal ou estatutariamente exigidos para a nomeação em causa e, ou, para a consequente mudança de categoria ou de posto, bem como graduação;

b) Que a nomeação para o cargo seja imprescindível, designadamente por não existir outra forma de assegurar o exercício das funções que lhe estão cometidas e não ser possível a continuidade do exercício pelo anterior titular.

7 - As mudanças de categoria ou posto e as graduações realizadas ao abrigo do disposto no número anterior dependem de parecer prévio favorável dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela área em que se integra o órgão, serviço ou entidade em causa, tendo em conta a verificação dos requisitos previstos naquela disposição, com excepção dos órgãos e serviços das administrações regionais e autárquicas, em que a emissão daquele parecer compete aos correspondentes órgãos de governo próprios.

8 - As promoções realizadas ao abrigo do disposto nos n.os 6 e 7 dependem de parecer prévio favorável dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da defesa nacional.

9 - O tempo de serviço prestado em 2011 pelo pessoal referido no n.º 1 não é contado para efeitos de promoção e progressão, em todas as carreiras, cargos e, ou, categorias, incluindo as integradas em corpos especiais, bem como para efeitos de mudanças de posição remuneratória ou categoria nos casos em que estas apenas dependam do decurso de determinado período de prestação de serviço legalmente estabelecido para o efeito.

10 - Aos procedimentos concursais que não se encontrem abrangidos pela alínea c) do n.º 2 e se circunscrevam a trabalhadores com prévia relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado apenas se podem candidatar os trabalhadores com remuneração igual ou superior à que resulta do disposto no artigo 26.º

11 - São suspensos todos os procedimentos concursais ou concursos pendentes a que se refere a alínea c) do n.º 2, desde que ainda não tenha havido lugar à notificação aos interessados do acto de homologação da lista de classificação ou ordenação final, ou de decisão de contratar, consoante o caso, salvo se o dirigente máximo do serviço ou entidade em causa decidir pela sua cessação.

12 - O disposto no presente artigo não prejudica a concretização dos reposicionamentos remuneratórios decorrentes da transição para carreiras revistas, nos termos do artigo 101.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.os 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, desde que os respectivos processos de revisão se encontrem concluídos até à data da entrada em vigor da presente lei.

13 - Os órgãos e serviços competentes para a realização de acções de inspecção e auditoria devem, no âmbito das acções que venham a executar nos órgãos, serviços e entidades abrangidos pelo disposto no presente artigo, proceder à identificação das situações passíveis de constituir violação do disposto no presente artigo e comunicá-las aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública.

14 - Os actos praticados em violação do disposto no presente artigo são nulos e fazem incorrer os seus autores em responsabilidade civil, financeira e disciplinar.

15 - Para efeitos da efectivação da responsabilidade financeira a que se refere o número anterior, consideram-se pagamentos indevidos as despesas realizadas em violação do disposto no presente artigo.

16 - O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais, em contrário, não podendo ser afastado ou modificado pelas mesmas.

Os requisitos/ condições¹⁵² de candidatura são os constantes dos arts. Artºs 8.º, 44.º, 51º, 52º e 115.º todos da LVCR.

Em parte alguma da Portaria regulamentadora, da Lei, da LVCR ou da CRP se encontra como requisito ou condição de candidatura o facto de “*apenas se poderem candidatar trabalhadores com remuneração igual ou superior à primeira posição remuneratória de qualquer categoria ou carreira*”.

Prima facie, sempre se deverá perguntar se o Orçamento de Estado de 2011 – Lei 55-A/2010, de 31 de Dezembro, tem concessão e o poder legislativo necessário para poder fazer acrescer à Lei outro qualquer requisito (*ad hoc*).

Em termos simples, o Orçamento de Estado deveria apenas conter uma previsão de receitas e despesas para determinado período económico.

Secundo, parece inconstitucional a disposição em equação por violação, pelo menos da al) a do art.º 165.º da CRP.

Tertio, facilmente se poderia ter equacionado uma solução distinta sem os inquinamentos desta, e que ainda assim salvaguardasse os propósitos económicos subjacentes à limitação imposta.

Na realidade, o que se pretendeu foi proibir todo e qualquer tipo de valorização remuneratória, de modo a que os encargos a nível de despesa, relativamente ao estado, fossem previsíveis e não aumentassem.

Contudo, seria perfeitamente aceitável, menos danoso e ilegal que, no caso em apreço, a norma, em vez de restringir, limitar, ou impedir ilegalmente que fossem opositores ao concurso referido, pessoas com uma remuneração inferior à primeira posição remuneratória da categoria de Assistente Técnico, se limitasse apenas a valorização remuneratória enquanto o período de carência económica ou outros motivos invocáveis se mantivesse.

Tanto mais que Lei fundamentadora de tal decisão é por natureza uma Lei temporária, com um hiato temporal de vigência perfeitamente definido.

Assim, nada obstava a que o concurso interno fosse “aberto” a todas as pessoas detentoras dos requisitos e premissas comuns e, posteriormente, vissem a posição remuneratória reajustada.

¹⁵² A este respeito, e mais detalhadamente pp. 30 e 31 do presente trabalho.

Retomando o cerne da questão, neste caso específico, resulta – novamente – que a falta de tutela efetiva é manifesta.

O procedimento concursal aberto, como descrito, era para a constituição de reservas de recrutamento.

Este é o tipo de procedimento concursal que se destina à satisfação de necessidades futuras¹⁵³.

O problema que se pode antecipar desde logo é que, nos termos do n.º 2 do art.º 40.º da portaria, estas reservas de recrutamento têm uma duração temporal definida, não podendo exceder os 18 meses.

Várias questões devem então ser colocadas: notificada no sentido da intenção de exclusão que garantias o ordenamento oferece?

Relativamente à exclusão e notificação, nos cinco dias úteis seguintes à conclusão do procedimento de apreciação das candidaturas, os candidatos excluídos são notificados¹⁵⁴ para a realização da audiência dos interessados nos termos do CPA (art.º 100).

Se o júri, apreciadas as questões invocadas pelo candidato excluído, se pronunciar no mesmo sentido, este poderá lançar mão das impugnações administrativas constantes do art.º 39.º da Portaria, ou, entendendo o ato de exclusão do procedimento concursal como um ato imediatamente lesivo, o candidato poderá lançar mão dos meios jurisdicionais ao seu dispor, *in casu*, de uma AAE ou de uma providência cautelar.

Neste caso, pensa-se excluído do âmbito de aplicação do art.º 50.º da portaria.

No exato momento em que decida fazê-lo, resulta porventura o enfraquecimento e eventualmente a inutilidade da sua tutela.

1.3 A insuficiência Garantística – problemas

No caso sub Júdice, o meio mais expedito será o recurso a uma providência cautelar, nos termos da al) b do n.º 2 do art.º 112.º do CPTA, que consagra expressamente a possibilidade de requerer a Admissão provisória em concursos e exames.

¹⁵³ al) b do art.º 3 da Portaria.

¹⁵⁴ art.º 30.º e 31.º da Portaria.

O problema é que as providências cautelares apenas estabelecem uma regulação provisória do litígio, sendo que esta mantém uma relação de instrumentalidade relativamente à questão de fundo do processo ¹⁵⁵, que será discutida através da prepositura da correspondente Ação Administrativa Especial¹⁵⁶.

Mas neste caso concreto, outras questões se levantam, pois o decretamento de uma providência cautelar, depende sempre da verificação dos requisitos específicos.

Como refere Mário Aroso de Almeida ¹⁵⁷, “A regulação deve ser *adequada* para assegurar a justa composição dos interesses, evitando o chamado *periculum in mora* - isto é, o risco de que, quando o processo principal chegue ao fim e sobre ele venha a ser proferida uma decisão, essa decisão já não venha tempo de dar a resposta adequada às situações jurídicas envolvidas no litígio...”.

Tem sido entendimento da Jurisprudência¹⁵⁸ que o decretamento de providências cautelares antecipatória, “*depende da verificação de um mais apertado – rectius, mais exigente - fumus bonis juris, tendo que ser analisado na sua vertente positiva de qualificada probabilidade de êxito da pretensão principal*”.

Essencial é ainda a circunstância do artigo 120º, n.º1, al. c), do CPTA, exigir um critério de cumulatividade de preenchimento dos pressupostos para o decretamento da providência.

Quando estamos perante uma providência cautelar antecipatória, visa-se alterar o status quo, antecipando aquilo que seria o desfecho do processo principal e nestes casos, a providência só pode ser concedida quando seja de admitir que é “ (...) provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente”, pois aqui o critério do “fumus boni iuris” intervém na sua formulação positiva¹⁵⁹”

Além disso quando esteja em causa a “ *paralisação dos efeitos duma atuação administrativa, é necessário aferir o fumus non malus da pretensão do requerente, ou seja, a não manifesta falta de fundamento desta¹⁶⁰”*.

¹⁵⁵ ALMEIDA MÁRIO AROSO DE – CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *In*, ob., cit., pp. 742.

¹⁵⁶ Regulada nos art.º 47º e seguintes do CPTA.

¹⁵⁷ *Idem*, cit., pp., 741.

¹⁵⁸ Acórdão do TCA SUL, de 28/06/2012, *in*, www.dgsi.pt.

¹⁵⁹ ANDRADE, VIEIRA DE, A justiça Administrativa 4ª edição, Coimbra, cit., pp. 300.

¹⁶⁰ Acórdão do TCA SUL, de 28/06/2012, *in* www.dgsi.pt.

O *periculum in mora* deverá pois ser aferido em face dos interesses que o recorrente visa assegurar no processo principal.

Admitamos que o julgador entende que estão verificados todos os requisitos de que depende o procedimento cautelar e a decreta, admitindo a candidata provisoriamente a concurso e que a obrigatória ação principal foi intentada de seguida.

Considere-se agora que, passado algum tempo, ainda dentro do prazo¹⁶¹ em que a reserva de recrutamento se mantém, algumas candidatas que ficaram em reserva são chamadas a ocupar os postos de trabalho para os quais o procedimento concursal foi aberto.

Ora, desde logo, a candidata que intentou a ação, não pode ser chamada, porque simplesmente não pode exercer provisoriamente as funções, e dificilmente ele verá o litígio resolvido entretanto.

Podemos ainda ir mais longe para demonstrar o quão premente é levantar a questão.

Passado dois ou três anos, a candidata logra de obter sentença favorável.

Em sede de Execução de Sentença de sentenças anulatórias de atos administrativos, e, como já mencionado, a administração deve procurar reconstituir a situação atual hipotética, isto é, deve procurar repor a situação que existiria se o ato ilegal não tivesse sido praticado, o que passa por realizar agora o que de deveria ter realizado se a ilegalidade não tivesse inquinado o procedimento, por forma a que a ordem jurídica reintegrada seja aquela que existiria se aquela ilegalidade não tivesse ocorrido, o que neste caso se torna realmente difícil de concretizar.

Na hipótese avançada, depois do procedimento concursal ter chegado ao fim, as candidatas foram chamadas a ocupar as vagas para as quais tinha sido constituída a reserva de recrutamento. Como se irá reconstituir a situação hipotética?

Uma primeira solução passaria por abrir novo concurso para a constituição de nova reserva de recrutamento, o que poderá ser uma situação falaciosa ou ilegal porquanto, poderá não haver necessidade de se proceder a abertura de concurso, mas, para dar cumprimento à sentença, tal terá que acontecer.

A situação é falaciosa porque entretanto as candidatas chamadas suprimam as necessidades identificadas, e alguma delas poderiam não ter entrado¹⁶².

¹⁶¹ Nos termos do n.º 2 do artº 40.º da Portaria – 18 meses

¹⁶² Pense-se por exemplo que a candidata que venha a realizar as provas tardiamente, ficou com nota superior a uma das candidatas que entretanto foi chamada.

A candidata será sujeita aos mesmos métodos de seleção dos outros candidatos, e no final, se estiver em lugar que lhe permita ocupar a vaga(s) em questão será integrada nos quadros da administração ou ficará em reserva de recrutamento?

Na primeira opção a candidata seria integrada sem se poder aferir do mérito e da capacidade que tem para o desempenho das funções.

Desta solução consagrada resultam os vícios já apontados, a violação do princípio da igualdade, da imparcialidade, da prossecução do interesse público entre tantos outros.

(Posteriormente será retomada esta questão).

Deve ainda salientar-se uma outra contenda que se afigura como pertinente, deverão ou não ser chamados todos os candidatos excluídos?

Não serão eles contra-interessados¹⁶³? Não poderão ter eles legitimidade para voltar ao concurso?

Afigura-se-nos como possível um conjunto de situações que justificam a chamada de ambos, (os excluídos e os admitidos).

Avançando eventuais sentidos que a sentença possa ter, talvez se compreenda melhor o que se pretende expor.

Na petição inicial, devem constar os nomes de todos os contra-interessados e estes serão todos aqueles a quem o “provimento do processo impugnatório possa diretamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado¹⁶⁴”.

O contra-interessado há-de ser titular de um interesse legítimo e não apenas de um mero interesse reflexo, o que poderia provocar um universo infindável de potenciais interessados a citar.

“Num concurso, surgem como contra-interessados o(s) beneficiário(s) do acto impugnado, e , em regra, aqueles que, não o sendo, estão ordenados, numa posição relativamente superior, da qual possam retirar vantagem e que possam vir a ser preteridos em detrimento do autor na sequência da sentença¹⁶⁵”.

Entende-se que nestes casos os contra interessados deverão ser apenas os candidatos promovidos¹⁶⁶.

¹⁶³ Nos termos do art.º 57º do CPTA

¹⁶⁴ *idem*.

¹⁶⁵ Apud, NEVES, ANA FERNANDA, *in*, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, Paulo Otero, “ Os contra-interessados...”, cit. pp. 233.

¹⁶⁶ No mesmo sentido, Cabral de Moncada, ob., cit.

Consoante o pedido que tenha sido efetuado, a sentença poderá condenar a Administração à prática do ato devido em simultâneo com a anulação do ato inquinado.

Neste caso a prática do ato devido será a admissão ao concurso ou a integração? Inclino-nos mais para a segunda hipótese, embora por razões óbvias discordemos da mesma.

Entretanto, o concurso, na hipótese avançada já terminou.

O candidato, vai prestar todas as provas que os outros candidatos prestaram. Chegado ao final do concurso, o mesmo acabou em lugar que lhe permitia por exemplo ter ficado à frente de alguns dos candidatas que entretanto entraram e já constituíram um vínculo com a Administração.

Sempre se perguntará, fica a administração obrigada a abrir uma vaga supra numerária e a integrar o candidato ¹⁶⁷ ou apenas ficará em reserva de recrutamento?

É nosso entendimento que, nos termos configurados pelo plano legal vigente, ela tem que ser integrada, ainda que, reitere-se, não se concorde com a solução daí decorrente.

Estando a administração obrigada a contratar por via de dar plena execução a uma sentença deste tipo, será que fica salvaguardado o interesse público?

A resposta sempre terá que ser negativa.

Estando a Administração obrigada a dar plena execução a uma sentença e havendo um quadro legal que se opõe, não se vislumbra atualmente outra possibilidade que não a de violar reiteradamente a lei.

Sana-se uma ilegalidade com outra ilegalidade, a diferença é que, da segunda ilegalidade cometida, só o interesse público sai prejudicado, *maxime*, todos nós, no desperdício de erário público.

O princípio da prossecução do interesse público não fica salvaguardado, pois não entraram os melhores, tão pouco os necessários, porque, como vimos, pode a Administração vir a ser condenada a contratar ainda que não haja necessidade de o fazer.

O princípio da Igualdade, da Igualdade de acesso e de oportunidade fica igualmente tocado em claro benefício de uma(s) candidata(s) em detrimento da(s) outra(s).

Todas estas questões se colocam, essencialmente, pela solução dos mecanismos processuais existentes para o efeito e por via do artº 50 da Portaria, na medida em que ambos não garantem verdadeiramente uma tutela efetiva dos particulares.

¹⁶⁷ Esta questão releva diretamente nos termos do estipulado no artº 50º da Portaria que será desenvolvida oportunamente.

A portaria 145-A/2011, de 6 de Abril, que veio alterar a Portaria 83-A/2009 de 22 de Janeiro, institui no seu art.º 50º que “Para reconstituição da situação atual hipotética decorrente da procedência de impugnação jurisdicional de ato procedimental que tenha impedido a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego publico em órgão ou serviço responsável pela realização do procedimento, o impugnante tem o direito a ocupar idêntico posto de trabalho, não ocupado ou a criar no mapa de pessoal¹⁶⁸, nos termos da lei.”

Desde logo, interpretado e aplicado literalmente este preceito legal e considerando toda a amplitude decisória que da sua aplicação pode surtir, poderemos estar perante uma solução que não obstante ter no seu arquétipo edificador a melhor das intenções, leia-se, tutelar efetivamente as garantias dos particulares, e não obstante ainda ser, uma das únicas soluções com plasm legal, poderá consubstanciar um ato inquinado por diversos vícios e ainda assim ser insuficiente.

Não se trata de uma afirmação antitética, ainda que numa primeira leitura o possa parecer, mas sim de uma constatação factual que cuidará de ser bastante desenvolvida na segunda parte da presente tese.

Da sua aplicação, poderão pois resultar manifestas ilegalidades.

Sempre se poderia equacionar se o princípio da separação dos poderes¹⁶⁹ fica de alguma forma tocado já que, da aplicação do preceito citado, poderemos estar presente uma sentença que condene a Administração a contratar, excluindo cabalmente todos os princípios constitucionais e procedimentais a que a administração está obrigada, subvertendo ainda os mecanismos processuais existentes para o efeito.

¹⁶⁸ Os mapas de pessoal assum LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, ob., cit em particular importância no quadro legislativo vigente, relativamente aos concursos. Dois anos após a entrada em vigor da Portaria nº 83-A/2009, de 22 de Janeiro, e feita a análise às ocorrências em tal período, houve a necessidade de se proceder a alterações, entenda-se melhoramentos, no sentido de se proceder a uma maior clarificação no que toca sobretudo à aplicação dos métodos de seleção no âmbito dos procedimentos concursais.

O ponto de partida, na escolha de tais métodos, é o mapa de pessoal de cada órgão ou serviço, que conterà a caracterização dos postos de trabalho nele contido.

¹⁶⁹ Em sentido diverso, ALMEIDA, MARIO AROSO.- CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *in*, Comentário ao código do Processo nos Tribunais Administrativos, (pp., 1089), defende que a Administração teve a oportunidade de se pronunciar – praticando o acto devido, e como tal, não se verifica a violação do princípio da separação dos poderes porque esta subrogação só ocorre por estarmos perante um acto vinculado e “ *como o título executivo já especifica, sem margem para duvidas, o conteúdo que o acto deve ter, não está reservado ao órgão obrigado a emití-lo em papel co-constitutivo na determinação do conteúdo do acto, que torne imprescindível a sua intervenção*”.

E ainda LUÍS S: CABRAL DE MONCADA, “A lei e o acto administrativo não exprimem um poder congénito ao estado avesso ao controlo judicial” *in*, A Relação Jurídica Administrativa, Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contenciosos administrativo, cit., pp., 864.

No entanto, é relativamente pacífica e aceite a ideia de que nestes casos tal não sucede.

A doutrina converge no sentido de que este princípio deve ser visto como um princípio de equilíbrio que não exclui outros poderes, antes promovendo a interpenetração dos mesmos.

Nesse sentido, o juiz não fica proibido de [condenar, intimar ou impor comportamentos à administração, desde que não se substitua à mesma ou viole o núcleo central da sua autonomia].¹⁷⁰

Porem, o que deve neste sentido a Administração fazer perante uma sentença que a condena, havendo um quadro legal que se opõe?

Não podemos olvidar que as decisões dos tribunais são para cumprir e quanto menor a margem de conformação da administração, maior o poder condenatório dos tribunais.

Posteriormente, poderemos deparar-nos com um outro problema de igual monta, como se procederá à execução de uma sentença deste tipo?

Considere-se a hipótese de um candidato afastado logo no início de um procedimento concursal, irreleve-se aqui o motivo, que não logrou obter providência cautelar que o admitisse provisoriamente ao concurso, mas que obtém sentença judicial, em ação principal, passados três, quatro ou cinco anos, e que condena a administração a contratá-lo.

Como se dá plena execução a este tipo de sentença volvido tanto tempo?

Cria-se um posto de trabalho desnecessário? - na medida que o mapa de pessoal inicial previa o número de vagas tidas como necessárias?

Entretanto as vagas foram preenchidas com os indivíduos que prosseguiram no concurso e que, findo este, se classificaram em posição que garantiu o acesso ao lugar a preencher.

Depois, será uma tarefa herculeana, senão mesmo impossível, reconstituir a situação hipotética que existiria se não tivesse existido o problema.

O tempo de serviço para efeitos de antiguidade, promoção ou progressão, a formação, a experiência, (etc) serão impossíveis de ser contabilizados.

Difícilmente uma sentença, por mais completa que seja, poderá dar cobro a todas as situações, tudo convergindo para um *eternum prejudicio* por parte do administrado.

E salvo melhor opinião, ainda que seja possível o recurso à figura da Responsabilidade Civil do Estado¹⁷¹, logicamente que, além da reconstituição *in natura* provavelmente não ser

¹⁷⁰ REFORMA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, VOLUME I, O debate Universitário, cit. pp. 456-457.

possível, a indenização por equivalente pecuniário não poderá nunca bastar para reconstituir e reconfigurar todas as situações e relações ilegalmente impedidas de serem edificadas.

Desde logo, uma breve consideração há a fazer – *prima facie* ficará sempre prejudicado o interesse público, seja qual for a solução, pois a Administração ver-se-á na obrigação de contratar o particular porque a isso o obriga a sentença, estando ou não identificada a necessidade no serviço, contemple ou não o mapa de pessoal essa vaga.

Em segundo lugar, o reconhecimento do mérito e aferição dos melhores que se requer no recrutamento de pessoal para ingressar nos quadros da administração, também fica prejudicado, porque, provavelmente, não entraram os melhores.

Observando a panorâmica geral, temos que, simplesmente, pela solução legal atual, todos os mecanismos procedimentais existentes são subtraídos, esquecendo também os preceitos constitucionais que devem pautar a atuação da administração com os particulares e destes entre si.

Neste momento, cumpre identificar concretamente o problema patente no modelo processual existente.

As garantias processuais existentes, não são adequadas a resolver as questões colocadas.

Haverá uma Tutela Jurisdicional Efetiva capaz de oferecer uma solução para os problemas existentes?

A resposta afigura-se claramente em sentido negativo.

Na realidade, todos sabemos que o Direito não é uma ciência estática, e que, pela evolução civilizacional natural, necessita frequentemente de ajustes e reajustes.

Nessa linha direcional, parece fazer mais sentido consagrar um mecanismo autónomo, urgente, que possa decidir de forma peremptória os problemas que eventualmente surjam, no momento em que surjam, e não passados alguns anos, como configurado atualmente no panorama legal.

Naturalmente que todos sabemos do problema crónico de que padece a justiça, a morosidade processual.

No entanto, não é disso, ou pelo menos só disso que se trata.

¹⁷¹ Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, entretanto alterada pela Lei n.º 31/2008 de 17 de Julho.

Importante será criar um mecanismo, com o devido crivo e que permita também aligeirar o volume intenso de processos que entopem os tribunais e que muito contribuem para essa doença crónica da justiça.

As providências cautelares, independentemente da sua natureza conservatória ou antecipatória, exceção feita aos casos em que estão reunidas as condições imediatas para decidir do mérito da causa¹⁷², não se afiguram como a solução necessária que os problemas expostos reclamam, tanto mais que o seu decretamento, não raras vezes, improcede, quando ponderados os interesses em questão, e, noutros casos, quando procedente, o seu decretamento pode ser gerador de efeitos prejudiciais, *a posteriori*, não só para os candidatos como para a própria administração.

Ademais, é sobejamente conhecida a dificuldade de ver o decretamento de uma providência cautelar, simplesmente porque o *periculum in mora* se revela nestes casos de uma *mui* difícil concretização.

Já quanto à solução consagrada pelo art.º 50º da portaria, esta reclama uma particular atenção, na medida em que é nosso entendimento que o seu âmbito e critério importam considerações maiores face às soluções que dele decorrem ou por conta dos

¹⁷² Esta é uma solução prevista no art.121 do CPTA, que permite que o juiz convole o processo cautelar em processo principal quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adoção de uma simples providência cautelar, (nº1 do preceito citado). Mas o problema residual mantém-se, *id est*, “uma eventual pronúncia expressa do tribunal no sentido de não proceder à convalidação não é passível de recurso”. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA – CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, in Comentário ao código de Processo nos Tribunais Administrativos, cit., pág.821.

Além do mais os requisitos nestes casos são ainda mais apertados.

A antecipação da decisão sobre o mérito da causa fica da dependência da verificação cumulativa de dois requisitos, designadamente, no facto da necessária existência de uma “manifesta urgência na resolução definitiva do caso” a qual não se pode compadecer com a “mera” adoção de uma providência cautelar e que o tribunal, uma vez ouvidas as partes e tendo considerado eventualmente as objeções que cada uma tenha feita, sinta que está em “condições de decidir a questão de fundo, por dispor de todos os elementos necessários para o efeito”, *idem*, cit., pp., 822.

No entanto, como diz Mário Aroso de Almeida, quando por hipótese, o tribunal considere que, tanto quanto, sem sede cautelar lhe é possível avaliar, a partir de uma apreciação perfunctória do mérito da causa, é evidente que o requerente tem razão quanto ao fundo, mas não estiver seguro de que assim é, por admitir que, no processo principal, se pode chegar, já na posse de outros elementos, a uma conclusão diferente, o caminho já não é o de antecipar a decisão sobre o mérito da causa, ao abrigo do art. 121º., mas o de atribuir a providência sem mais indagações, ao abrigo do art.º 120º, n.º 1, *idem*.

No entanto, a antecipação do mérito da causa tem como característica principal a atender a sua “especial” excepcionalidade pelo que o recurso a esta figura se revela bastante difícil.

E entende-se que assim seja, em estrito respeito pelo princípio do dispositivo e do processo equitativo.

problemas que, não caindo no seu âmbito de aplicação, só serão eventualmente resolvidos através de uma tutela tardia e incompleta.

2. Artº 50º da portaria

O art.º 50º da Portaria, que tem como epígrafe ***Execução de decisão jurisdicional procedente***, diz que “*para reconstituição da situação actual hipotética decorrente da procedência de impugnação jurisdicional de acto procedimental que tenha impedido a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego público em órgão ou serviço responsável pela realização do procedimento, o impugnante tem o direito a ocupar idêntico posto de trabalho, não ocupado ou a criar no mapa de pessoal, nos termos da lei*”.

Uma das questões que mais relevo pode ter e que importará desde logo clarificar, será a de definir qual o alcance e sentido da palavra “imediate” para aferir da intenção do legislador.

A relação jurídica de emprego público constitui-se por nomeação ou por contrato de trabalho em funções públicas¹⁷³ ou por comissão de serviço¹⁷⁴.

Como já referido, é, nosso entendimento, que a aplicação deste artigo, configurado nos moldes em que está, só será permitida em situações perfeitamente identificáveis como sejam no momento da aceitação da nomeação¹⁷⁵ ou no momento da contratação e só para essas situações.

O artigo 50º da Portaria tem um lugar de destaque no presente trabalho, na medida em que a solução avançada pelo mesmo, não obstante ser a única solução com plasm legal, configura, em primeiro lugar, uma solução apenas para um leque muito restrito de situações, como será demonstrado e em segundo lugar, nos moldes em que está composta a solução, esta padece de vícios múltiplos.

Antes da entrada em vigor da portaria 83/A e posteriormente da portaria 145/A, o diploma que regulava os procedimentos concursais era o DL 204/98, de 6 de Abril.

¹⁷³ n.º 1 do art.º 9.º da LVCR.

¹⁷⁴ *Idem*, n.º 4 do art.º 9.

¹⁷⁵ art.º 15 da LVCR.

O artigo com maior similitude ao atual art.º 50º da Portaria 145-A/2011 de 6 de Abril, era o art.º 51º do DL 204/98¹⁷⁶.

Nos termos deste artigo, para a reconstituição da situação atual hipotética decorrente da procedência de recurso contencioso de anulação, o recorrente que adquirisse o direito ao provimento poderia sempre exigí-lo, ainda que como supra numerário, em lugar a extinguir quando vagasse.

Mutatis Mutandis, os problemas então colocados pela redação e solução dada pelo artigo, subsistem no momento atual, pelo que, todas as afirmações e críticas relativas ao paradigma atual, artº 50 da portaria, entroncam o problema do diploma anterior.

A primeira crítica a apontar, será a falta de aplicação prática da solução lá consagrada.

2.1. A (in)pragmaticidade

A (in)pragmaticidade pretende desde logo traduzir a ideia de que, ressalvada a teórica, o artº 50º¹⁷⁷ não tem sido alvo de grande utilização, passando até um pouco despercebido no universo jurídico e ainda a ideia de que, na realidade, a sua aplicação prática tem tanto de delicada como de potencialmente ilegal.

Acresce que o seu núcleo incidente é extremamente restritivo.

O que inicialmente parece ser a “solução para todos os males”, após um leitura cuidada, facilmente se infere à final que não o é, sendo apenas uma solução confrangedora do ponto de vista jurídico, porquanto a coberto da norma se violam reiteradamente vários

¹⁷⁶ DL 204/98, de 6 de Abril

Artigo 51.º Execução de sentença

Para reconstituição da situação actual hipotética decorrente da procedência de recurso contencioso de anulação, o recorrente que adquira o direito ao provimento poderá sempre exigí-lo, ainda que como supranumerário, em lugar a extinguir quando vagar.

¹⁷⁷ Portaria 145-A/2011

Artigo 50.º

Execução de decisão jurisdicional procedente

Para reconstituição da situação actual hipotética decorrente da procedência de impugnação jurisdicional de acto procedimental que tenha impedido a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego público em órgão ou serviço responsável pela realização do procedimento, o impugnante tem o direito a ocupar idêntico posto de trabalho, não ocupado ou a criar no mapa de pessoal, nos termos da lei.

princípios constitucionais ou gerais de direito, como sejam o princípio da igualdade, da legalidade, possivelmente da separação dos poderes, da boa-fé, entre outros.

Pelo prescrito no mencionado artigo temos que um candidato, que venha a obter procedência numa ação que tenha intentado, terá direito a ocupar um posto de trabalho idêntico àquele a que se candidatou, esteja esse posto de trabalho previsto ou não.

Se o posto de trabalho não estiver previsto, nos termos do enunciado no normativo citado, terá que se criar *ad hoc*, de forma a dar plenitude à sentença emitida.

Importará então tentar perceber e delimitar qual o critério e âmbito de aplicação deste artigo.

2.2. Critério e âmbito de aplicação do artigo 50.º

A primeira pergunta que se coloca será saber se a solução configurada importará ao ato de exclusão na admissão ao concurso ou só aos atos de exclusão de uma qualquer fase procedimental.

Em segundo lugar, esta solução pode e parece configurar uma ilegalidade patente e para reconstituir a situação atual hipotética do particular (que se viu ilegalmente impedido de constituir uma relação jurídica de emprego público), e subsistirá num atropelo cabal da todo o quadro legislativo vigente.

Dispõe o art.º 4º da portaria que os mapas da pessoal contêm a indicação do número de postos de trabalho de que o órgão ou serviço carece para o desenvolvimento das respetivas atividades.

Resulta do exposto a primeira violação da Lei, decorrente da solução constante do artº 50º da Portaria.

Equacionando e transportando o problema para o final de um procedimento concursal, o candidato é excluído e, em regra, será o candidato que figura na lista de ordenação final, no lugar imediatamente a seguir, a ser chamado na sua vez.

Existiam por exemplo 20 vagas para ocupar e as 20 vagas foram preenchidas.

Posteriormente, para dar cumprimento a uma sentença procedente, cria-se um lugar(s) “excedentário(s)”, na medida em que no final, mais gente será obrigatoriamente integrada.

Daqui resulta imediatamente a violação do princípio do Mérito e da Prossecução do Interesse Público, como já tivemos oportunidade de mencionar.

O princípio do Mérito fica prejudicado, porque não entraram apenas os melhores¹⁷⁸ e o Princípio da Prossecução do Interesse Público fica repetidamente prejudicado¹⁷⁹.

De seguida, importa colocar um outro problema e este talvez o maior de todos.

Nos termos do preceituado no artigo em análise, e em resposta à pergunta colocada, a solução só permitirá acobertar situações em que, *imediatamente*, se tenha impedido a constituição da relação jurídica de emprego público e esta palavra define simultaneamente o critério e o âmbito de aplicação do artigo.

A palavra *imediatamente* impõem que nos debrucemos mais detalhadamente sobre o problema.

Será obviamente necessário ponderar, discutir e concluir, que interpretação deve ser feita da expressão mencionada, esmiuçar qual foi a *ratio* do legislador e se, efetivamente, a sua intenção se repercutiu na norma.

Na configuração sistemática atual, é nosso entendimento que, atendendo ao panorama legal¹⁸⁰ a equacionar, só há dois momentos, perfeitamente identificáveis, em que se impede *imediatamente* a constituição de uma relação jurídica de emprego público, designadamente, no momento da nomeação¹⁸¹ ou no momento da contratação¹⁸² (no caso das Comissões de Serviço¹⁸³, o ato solene é a tomada de posse mas sendo esta uma realidade distinta não sujeita a procedimento concursal prévio, não releva para o caso).

¹⁷⁸ No exemplo dado, a hipótese avançada foi a de um só candidato excluído, mas eventualmente poderiam ter sido 10 ou 20 e a solução seria a mesma, entrariam os candidatos posicionados imediatamente a seguir e no final terão se ser criadas - *ad hoc* - tantas vagas quantas necessárias.

¹⁷⁹ Nestes termos, a Administração verá entrar nos seus quadros um numero de trabalhadores excedentários, aferindo-se esta (des)necessariedade pela previsão dos mapas de pessoal – art.º 5da LVCR, e esses não serão os melhores nem tão pouco os mais capazes, pelo menos conferindo os resultados do procedimento concursal.

Poderão ainda acrescer os montantes indemnizatórios que eventualmente possam vir a ser pedidos em sede de Responsabilidade Civil.

¹⁸⁰ Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e Lei 59/2008, de 11 de Setembro.

¹⁸¹ arts. 9.º, 10.º a 15.º da LVCR.

¹⁸² Art.º 21 e ss da LVCR.

¹⁸³ As Comissões de Serviço – art.º 23º e ss da LVCR pela sua especificidade, não são relevantes para o presente trabalho.

Aparte estes, não se vislumbram quaisquer outros momentos que possam ficar a coberto da norma insita no art.º 50º da Portaria.

Não interpretado literalmente, então toda e qualquer exclusão de um procedimento concursal, independente da fase em que ocorresse, poderia cair no âmbito deste artigo, o que não parece de todo ter sido a *ratio* do legislador.

Afigura-se ter sido sua intenção, ao criar a norma nestes moldes, consagrar uma solução apenas para aqueles casos em que existe um grau de probabilidade muito elevado, de ser aquele candidato a ocupar o lugar e não fosse o vício do último ato a praticar¹⁸⁴ – imediatamente antes da constituição da relação jurídica de emprego público – essa relação havia-se estabelecido.

Não se pode equacionar um entendimento distante do apresentado na medida em que, *exempli gratia*, um candidato excluído numa fase capitular¹⁸⁵ do procedimento concursal não tem e não oferece, pelo menos naquele momento, uma grau de garantia suficiente de que será ele, à final, a ocupar a vaga ou uma das vagas em aberto para a qual se candidatou.

Representa-se como necessário, para que efetivamente o prescrito no artigo em equação possa operar, que haja um elevado grau de probabilidade, que deixe poucas dúvidas de que aquele candidato em concreto iria ser (quase certamente) o que iria ocupar o lugar.

E esse grau de certeza só pode ser conferido se a exclusão resultar num dos dois momentos enunciados, *id est*, no momento da contratação ou no momento da aceitação da nomeação.

Se assim não se entendesse, qualquer candidato, que no final visse reconhecida a sua pretensão, poderia reconduzir sempre a sua situação ao momento inicial - em que foi excluído - e transportá-lo para o momento final.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Entende-se que o formalismo da tomada de posse ou da assinatura do contrato integram ainda o procedimento, na medida em que são estes últimos atos que encorpam todo o procedimento prévio.

¹⁸⁵ No momento da prova de conhecimentos (art.º 53.º da LVCR), ou ainda antes no momento da da missão ao concurso.

¹⁸⁶ O candidato que obtenha sentença favorável e que vá realizar todos os métodos de seleção a que os outros candidatos foram sujeitos, e que os superasse a todos, poderia sempre vir a alegar que o ato de exclusão impediu a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego público, porque posteriormente ficou aprovado em todos os métodos de seleção e se não tivesse sido excluído também os teria superado.

Então no limite, o ato de exclusão, mesmo no momento da admissão ao concurso, poderia ter impedido a imediata constituição de uma relação jurídica de emprego público.

A palavra “imediatamente” surge assim como elemento definidor do âmbito de aplicação da solução consagrada.

Nestes termos, figura como pertinente fazer-se uma interpretação mais restritiva da solução legal existente e, por essa, só se poderá concluir que foi intenção do legislador circunscrever o âmbito de aplicação da norma.

A palavra *imediatamente* deve pois ser interpretada não como definidor temporal, antes sim como elemento dedutivo-finalístico, que permita dizer que aquele candidato, ilegalmente excluído, estava em condições de constituir uma relação laboral com a administração, sem sujeição a qualquer outro método de seleção ou fase procedimental.

Por tudo quanto temos vindo a expor é notória a falta de tutela efetiva, no que concerne à constituição da relação jurídica de emprego público.

Ressalta também patente a insuficiência da solução plasmada na portaria reguladora dos procedimentos concursais.

Fazendo uma súmula, podemos concluir que os mecanismos urgentes, pelos critérios apertados e de difícil definição no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal, e pela sua instrumentalidade, não representam o mecanismo necessário que a tutela exige.

O recurso aos mecanismos ordinários, pela morosidade intrínseca, muito menos oferece uma solução eficaz.

Por fim, tão pouco o art.º 50.º da portaria resolve os problemas enunciados, tanto mais que o seu núcleo incidente é extremamente redutor.

Assim, a harmonização entre os vários diplomas legais, torna-se difícil, senão mesmo impossível de concretizar.

No limite, as disposições legais existentes, além de não garantirem uma tutela efetiva dos particulares, podem tolerar soluções ao arrepio de vários preceitos constitucionais e legais que se desdobram em múltiplos vícios, concretizando-se em soluções potencialmente ilegais com vista à reparação de outras soluções igualmente contrárias à lei e ao direito em geral.

No entanto a falta de tutela efetiva dos particulares, que temos vindo a demonstrar, não se fica por aqui.

No âmbito da execução das sentenças, verifica-se igualmente uma insuficiência das garantias.

A estes interessa verdadeiramente que a execução restitua a situação hipotética que existiria não fora a atuação ilícita da administração e não uma compensação de tipo diferente.

Daí que a questão da execução das sentenças reclame também um maior detalhe e uma maior consideração da nossa parte.

3. A execução das sentenças

As decisões dos tribunais são obrigatórias.¹⁸⁷

Uma vez obtida a estabilidade da decisão jurisdicional, o mesmo será dizer depois do trânsito em julgado de uma sentença proferida, é natural que daí advenha o consequente dever de a executar, no exato sentido em que a sentença deve exprimir aquela que concretamente é a vontade da lei.

A administração deve executá-la no prazo legal, ou em alternativa poderá invocar e existência de uma qualquer causa – superveniente – que possa legitimar a sua não execução.

No sentido do disposto nos artigos 20.º, 202.º, 205.º e 268.º da Constituição - concretizados parcialmente no artigo 2.º do CPTA - prevê o artigo 158.º do CPTA que as decisões dos tribunais administrativos são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer autoridades administrativas.

Contudo, tão importante quanto obter uma decisão eficaz, será a execução desta.

A tutela judicial efetiva deverá permitir ao particular, recorrer a um órgão jurisdicional para que este adote todas as medidas e providências necessárias, para que se dê cumprimento à sentença.

Se a execução não ocorrer no prazo legalmente estabelecido, o particular pode requerer ao tribunal que haja proferido a sentença em primeira instância a sua execução forçada.

De nada valerá para o particular obter uma decisão favorável em juízo, se, posteriormente, não puder exigir a sua execução.

Como diz Ana Fernanda Neves, “ a verdade é que há uma realidade fáctica e jurídica que, sendo *ipso facto* afectada pela sentença, carece de redefinição, sem a qual o autor nenhuma

¹⁸⁷ n.º 2 do art. 205.º da Constituição.

vantagem efectiva retira da sua acção em juízo, redefinição que é feita em função da sentença e de outros dados jurídicos e fácticos supervenientes”¹⁸⁸.

A inexecução pura e simples de uma sentença deixaria ignorados [...los derechos e intereses de la parte que obtuvo su tutela efetiva a través de una sentencia favorable¹⁸⁹ ...]

Como diz Freitas do Amaral, “de nada servirá o contencioso administrativo, se a Administração Publica, ignorando as sentenças e recusando a sua execução, tiver nas mãos o poder de transformar as decisões dos tribunais em puras declarações platónicas do direito”¹⁹⁰

No mesmo sentido ainda, Mário Aroso de Almeida¹⁹¹, diz que “é actuando que a Administração deve respeitar os limites emergentes da sentença, e que é controlando a execução que o tribunal controla o respeito por esses limites, pelo que ambos os elementos parecem indissociáveis: a Administração *executa* a sentença quando, reconhecendo que o ato ilegal foi anulado, atua no respeito pelas vinculações decorrentes da sentença”.

Só assim se poderá falar numa real concretização da tutela jurisdiccional efectiva.

Não são raros nem poucos os casos em que não obstante o acatamento das sentenças por parte dos órgãos da Administração com a incumbência de as materializar, a sua realização se revela muito difícil ou por vezes impossível até, dir-se-à.

“Numa palavra, que o *cumprimento formal*, do dever de executar, de se conformar com a anulação, se concretiza num *cumprimento material ou efectivo*¹⁹²”

Na mesma linha de raciocínio Ana Fernanda Neves concretiza esta mesma ideia dizendo que relativamente à execução das sentenças, no que concerne ao contencioso administrativo, “o direito declarado é tardiamente efectivado, o que sobrecarrega a pretensão da execução”¹⁹³.

Frequentemente, a administração tende a esperar pela interpelação do particular para a concretização das sentenças que a hajam condenado, assumindo os tribunais um papel fundamental neste domínio, neste *forcing* de concretização e efetivação da justiça.

¹⁸⁸ NEVES, ANA FERNANDA, in, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 252.

¹⁸⁹ PÉREZ, JESÚS GONZÁLEZ - El Derecho a la tutela jurisdiccional, cit. p. 339.

¹⁹⁰ AMARAL, DIOGO FREITAS DO, A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos, cit. pp., 9.

¹⁹¹ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, Sobre a Autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos.

¹⁹² *idem*, cit., pág. 17.

¹⁹³ NEVES, Ana Fernanda, in Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 222-223.

Para o presente trabalho, obviamente apenas relevam as sentenças favoráveis ao particular e que devam ser executadas contra a administração.

A execução não pode deixar de reconstituir a situação atual hipotética e esta reconstituição estará sempre na dependência das ilegalidades cometidas.

Devo no entanto executar-se a sentença a todo o custo? Contra o interesse público? Contra outras disposições legais? Em violação de preceitos constitucionais? De procedimentos constituídos ou instituídos para concretizar ou efetivar as garantias dos cidadãos?

A resposta a estas questões não pode nunca ser unânime, na medida em que sempre estarão em confronto posições antagônicas e será ainda necessário sobre relevar o interesse público subjacente às relações afetadas.

Certo é que, independentemente da dose de vinculação ou de discricionariedade da administração, não pode deixar de se reconstituir (pelos menos como primeira opção) a situação hipotética que existiria se não tivesse sido cometida qualquer tipo de ilegalidade. Sendo ainda certo que tal nem sempre é possível, também não se pode fazê-lo a todo custo.

No limite, poderemos ser confrontados com um problema maior, o de eventualmente sanar uma ilegalidade com outra ilegalidade, neste caso, para que se possa dar plena execução à sentença proferida.

Um outro problema deverá ainda ser considerado.

No caso da exclusão, mal feita, de um procedimento concursal, relativamente a um candidato que posteriormente veja reconhecido o seu direito, ao lugar, como se irá dar plena execução a esta sentença?

Primum - Apresenta-se no dia seguinte no posto de trabalho?

Secundum - É preciso a emissão de um qualquer ato por parte da administração para que ele possa ser admitido? - Pelo menos o ato da aceitação da nomeação será necessário.

Aparte este formalismos, (reitera-se) a reconstituição da situação atual hipotética poderá ser de difícil, senão de impossível concretização.

Dependendo da fase do concurso em que o candidato tenha sido excluído, tanto mais difícil será a reconstituição da situação real hipotética, que poderia, *in extremis*, nunca ter acontecido, senão vejamos:

Anula-se o ato ferido de ilegalidade – produção de feitos *ex tunc* – tudo se passa como se o ato nunca tivesse sido praticado.

Situação hipotética seria a admissão do candidato ao concurso entretanto findo - !
quid iuris agora?

Vai prover-se no lugar para o qual concorreu sem submissão a qualquer outro método de seleção¹⁹⁴?

Vai-se obrigar o candidato a cumprir, isoladamente, os métodos de seleção a que os outros candidatos foram submetidos?

Ainda que esta seja uma das soluções possíveis, será difícil garantir nestes casos a isenção, a imparcialidade e a igualdade.

As disposições constitucionais a respeito e outras disposições legais ficam todas elas acometidas sem dúvida.

A previsão no mapa de pessoal que a lei cuidou de regular também passa a ser secundária, tornando-se desprovida de qualquer imperatividade.

E por último, vai a sentença condenar a Administração a contratar sem mais? Sem necessidade¹⁹⁵?

A resposta parece ter de ser afirmativa, pelos menos na configuração atual da lei.

Reitera-se a ideia já defendida, prejudica-se duplamente o interesse público.

De seguida, outro problema se coloca, como é que se vai fazer a substituição deste ato negativo¹⁹⁶?

Possivelmente uma decisão destas poderá bulir com o princípio da independência da administração perante os tribunais.

Não obstante a existência de posições doutrinárias em sentido diverso, partilhamos a opinião que o princípio da independência da administração poderá sair tocado.

Em confronto estarão vários princípios, em planos diametralmente opostos, (o princípio da tutela efetiva, o princípio da prossecução do interesse público, o da obrigatoriedade das sentenças, o princípio da justiça, entre tantos outros), que será necessário harmonizar, o que não se revela uma tarefa fácil ou tão pouco pacífica.

Certo é que a administração tem a obrigação de praticar o ato devido, mas como?

¹⁹⁴ É nosso entendimento que independentemente da solução tomada, esta estará inquinada pelo menos por manifesta violação do Princípio da Igualdade, da Imparcialidade da Transparência, do Mérito e da Prossecução do Interesse Público entre outros.

¹⁹⁵ A solução prescrita pelo art. 50º da Portaria, parece não ser aplicável a estes casos, porque em nenhuma das hipóteses foi impedida a **imediate** constituição da relação jurídica de emprego público, e em nosso entendimento, que será alvo de maior desenvolvimento posterior, o art.º 50º da Portaria só se aplica aos casos em que a exclusão se dê no momento da contratação ou da aceitação da nomeação.

¹⁹⁶ *Apud*, Freitas de Amaral “que a anulação contenciosa de um acto negativo irrenovável, cria para a Administração activa o dever de praticar o acto ilegalmente recusado”.

Não se afigura igualmente simples a tarefa de dar plena execução de uma sentença deste tipo.

Decorre do art.º 173.º do CPTA, preceito inserido no Capítulo que tem por epígrafe "Execução de sentenças de anulação de atos administrativos que, sem prejuízo do eventual poder de praticar novo acto administrativo, no respeito pelos limites ditados pela autoridade do caso julgado, a anulação de um acto administrativo constitui a Administração no dever de reconstituir a situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado, bem como de dar cumprimento aos deveres que não tenha cumprido com fundamento no acto entretanto anulado, por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que devia ter actuado".

A administração pode ficar constituída no dever de praticar atos dotados de eficácia retroativa que não envolvam a imposição de deveres, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos, bem como no dever de remover, reformar ou substituir atos jurídicos e alterar situações de facto que possam ter surgido na pendência do processo e cuja manutenção seja incompatível com a execução da sentença de anulação.

Impõem-se ainda colocar uma outra questão, a dos atos consequentes ou derivados do(s) ato(s) anulado.

"Os actos consequentes do acto anulado, são actos praticados contemporânea ou subsequentemente ao mesmo cuja subsistência e/ou conteúdo são afectados por essa anulação. A Lei prevê a indemnização dos respectivos beneficiários e a manutenção da sua situação jurídica, para o que estabelece requisitos¹⁹⁷".

É nosso entendimento que a impossibilidade total ou parcial da reparação é muito mais frequente do que seria desejável e quando *haja construção em cadeia de situações conexas*, proteladas no tempo e refletidas na esfera jurídica de terceiros, maior será a dificuldade da reconstituição da situação que deveria existir.

Presente este quadro legal, importa ainda ter em atenção que a execução da sentença anulatória do ato administrativo consiste na prática pela administração - a quem incumbe tirar as consequências da anulação - dos atos e operações materiais necessárias à reintegração da ordem jurídica violada de molde a que seja restabelecida a situação que o interessado tinha à

¹⁹⁷ NEVES, ANA FERNANDA, *in*, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp 255.

data do ato ilegal e a reconstituir, se for caso disso, a situação que o mesmo teria se o ato não tivesse sido praticado.

Por outro lado, temos que sobre a administração impende o dever de respeitar o julgado (efeito conformativo, preclusivo ou inibitório da sentença), dever esse que proíbe a reincidência, excluindo a possibilidade de a Administração reproduzir o acto com os mesmos vícios individualizados e condenados pelo juiz administrativo sob pena de incorrer em nulidade cfr.art.º 133.º, n.º2, al.h) do CPA.

Como se sustentou no acórdão do STA de 01/06/2006¹⁹⁸, no contexto da anulação de ato com fundamento em vício de forma ou de procedimento e dos atos renováveis, com plena valia para o caso vertente, "*o critério a seguir não é necessariamente o da reposição ou restabelecimento da situação anterior à prática do acto ilegal, mas o da reconstituição da situação actual hipotética através da qual a ordem jurídica violada é reintegrada, tudo se passando como nada ilegal tivesse acontecido e, portanto, realizando-se agora o que entretanto se teria realizado, se não fosse a ilegalidade cometida (...). Ou seja, as coisas não se passarão exactamente como se encontravam antes da prática do acto anulado, antes poderão ocorrer tal como se presume viessem a estar no momento presente, independentemente da verificação da anulação. Contudo, é extremamente difícil a previsão de tal situação*".

O que está em causa na execução de julgado anulatório é a reconstituição da situação que existiria se o ato administrativo anulado não tivesse sido praticado.

A sentença anulatória de um ato administrativo tem, por um lado, um efeito constitutivo o qual, por regra, consiste na invalidação do ato impugnado, fazendo-o desaparecer do mundo jurídico desde o seu nascimento.

Possui, de igual modo, como vimos também, um outro efeito que advém da força do caso julgado, denominado de efeito conformativo, preclusivo ou inibitório.

Por fim, a sentença anulatória tem ainda um outro efeito que é o da reconstituição da situação hipotética atual, também chamado de efeito repristinatório, efeito reconstitutivo ou reconstrutivo.

É à luz deste efeito que a administração tem o dever de reconstituir a situação que existiria se não tivesse sido praticado o ato ilegal ou se o ato tivesse sido praticado sem a ilegalidade.

¹⁹⁸ Proc, n.º030655A in, www.dgsi.pt/jsta.

Decorre ainda do art.º 5º do CPA que, nas as suas relações com os particulares, a administração deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

As decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objetivos a realizar.

O art.º 2º CPTA alude especificamente ao princípio da tutela jurisdicional efetiva dizendo que esta compreende o direito de obter em prazo razoável uma decisão.

“O preceito acentua a dimensão subjetiva do princípio e nele inclui a execução das sentenças judiciais administrativas¹⁹⁹”

Esta tutela deve ser entendida como um verdadeiro Direito fundamental de todos.

Como diz Jesús González Pérez “el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se «haga justicia»”²⁰⁰

Os tribunais devem pois assegurar a execução das suas sentenças, seja através da emissão de sentença que produza os efeitos do ato administrativo devido, nos casos em que o conteúdo deste ato seja estritamente vinculado, seja providenciado a concretização material do que foi determinado pela sentença.

Sendo que o modelo dominante é o da plena jurisdição, os tribunais têm ainda a faculdade de, se assim o entenderem, aplicar sanções pecuniárias compulsórias de modo a compelir o cumprimento do que resulta das decisões jurisdicionais, designadamente as que ordenam as prestações de *facere*, assegurando assim a plena efetividade da tutela.

O alargamento do âmbito da jurisdição cotejou um aumento significativo da proteção dos particulares face à administração e veio conferir à execução de sentenças um regime muito semelhante ao do processo executivo ao nível do Processo Civil.

Decorre naturalmente do princípio da tutela jurisdicional efetiva que todas as sentenças dos tribunais administrativos que consubstanciam uma condenação e mesmos as sentenças constitutivas são passíveis de execução e o tribunal dispõe atualmente de amplos

¹⁹⁹ MACHETE, RUI CHANCERELLE, *in*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 34, cit., pp., 55.

²⁰⁰ PÉREZ, JESUS GONZALEZ, *in*, El Derecho a la tutela jurisdiccional, cit. pp., 32.

poderes decisórios, respeitando ainda assim o campo próprio de valoração da Administração. Tanto maior serão os poderes decisórios do Tribunal, quanto maior for o grau de vinculação da administração e menor a sua margem conformadora.

No entanto poderá ser muito difícil executar determinado tipo de sentenças, *rectius*, as sentenças constitutivas.

O alargamento das situações subjetivas dos particulares susceptíveis de tutela jurisdicional impôs ao legislador a necessidade de aumentar o âmbito da tutela executiva, porque de outra forma não faria sentido.

Teria sido inútil consagrar novos tipos de ação, se posteriormente não fosse possível ao particular executar as sentenças derivadas das pretensões postas a juízo.

Como defende Rui Machete²⁰¹, “esta correspondência que podemos designar pelo *princípio da completude da tutela executiva* representa um assinalável progresso na defesa jurisdicional das situações subjetivas dos particulares”.

Contudo, é nosso entendimento que o alargamento da tutela executiva não se revelou, nem revela, ainda capaz de oferecer as soluções necessárias, *id est*, de permitir dar plena execução às sentenças, muita das vezes por culpa da complexidade dos processos e dos atos materiais a praticar para repor a potencial situação.

No âmbito da execução das sentenças, ressalta claramente pouca exploração neste domínio.

Face ao amplo núcleo incidente e à panóplia de situações que as sentenças podem abarcar dentro do universo do funcionalismo público, maior a necessidade de desenvolvimento relativamente à execução de sentenças.

A reconstituição *in natura* deve ser a forma preferencial de reposição da legalidade em detrimento da compensação pecuniária.

Obviamente que a tutela jurisdicional efetiva será mais exigente quando se procure reconstituir a situação hipotética que teria existido se a violação não se tivesse verificado.

Para além disso, o Código, quer na execução para prestação de factos ou de coisas, quer na execução de sentenças anulatórias de atos administrativos, só permite o pagamento

²⁰¹ MACHETE, RUI CHANCERELLE, *in*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 34, cit., pp. 55.

de indemnização ou a conversão da execução em pagamento de quantia certa - art 166º e 178º do CPTA - quando haja causa legítima de inexecução.²⁰²

É consensual a opinião de que o cumprimento da obrigação primitiva tenha prevalência, sempre que possível sobre a obrigação de indemnizar.

Quanto estejamos perante a prática de um ato administrativo devido, se o conteúdo deste for vinculativo, a sentença do tribunal há de produzir os efeitos do ato ilegalmente cometido²⁰³.

“Quem seja lesado por um acto administrativo anulável tem não só uma pretensão à anulação daquele, mas também uma pretensão à recomposição natural ou específica da sua

²⁰² *Strictu sensu*, só haverá causa legítima de inexecução nos casos de impossibilidade absoluta ou nos casos em que se verifique resultar um grave prejuízo para o interesse público resultante da execução daquela sentença, e esta recusa deve ser devidamente fundamentada. A obrigatoriedade das decisões jurídico-administrativas pode assim ser justificadamente travada. E esta invocação, de impossibilidade absoluta ou de grave, *rectius*, excepcional, prejuízo, poderá obviar contrariar a pretensão dos autores. Eventualmente, nestes casos, o pedido do particular poderá vir a ser substituído por uma indemnização, mas não sendo esta uma tutela primária, pode a tutela não ser tão efetiva quanto seria desejável e tão pouco eficaz. O interesse público é um conceito de *mui* difícil demarcação, face à mutabilidade a que está sujeito, o que é hoje o interesse público dominante, poderá não o ser amanhã, o que é hoje considerado como uma vantagem para a administração, poderá ser amanhã tido como inconveniente.

Haverá causa legítimas de inexecução das sentenças de anulação, para além dos casos de impossibilidade e do grave prejuízo para o interesse público, nos casos de *“inoponibilidade subjetiva da nulidade de actos subseqüentes”*. Como defende Marcelo Rebelo de Sousa, “a reconstrução da situação actual hipotética postula a destruição das situações incompatíveis com o efeito ripristinatório da desintegração das condutas imperativas inválidas da administração. No entanto, pode suceder que a nulidade de actos conseqüentes de um acto administrativo ilegal, incompatíveis com a tutela do interessado na eliminação deste, não seja oponível a terceiros em virtude do mecanismo do art. 133.º2 do, i) CPTA. Nestes casos, não pode haver lugar à reconstrução, pelo menos integral, da situação actual hipotética do lesado. A não reconstrução legítima da situação actual hipotética dá lugar a responsabilidade civil da administração por facto lícito...” MARCELO REBELO DE SOUSA – ANDRÉ SALGADO DE MATOS, Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa, TOMO III, cit. p 476.

Relativamente a esta reparação do dano, através da figura da responsabilidade civil, somos do entendimento que uma tutela secundária pode não ser suficiente.

²⁰³ n.º 6 do art.º 167º do CPTA. Relativamente às providências de execução, este é um tipo muito específico dessas providências, destinando-se a dar resposta às situações de incumprimento do dever de praticar um acto administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado. Trata-se de uma providência de execução com reporte às sentenças condenatórias.

Nestes casos, *“o tribunal limita-se a exercer a função jurisdicional, na sua dimensão executiva, de efectivação do Direito, sem pôr em causa o princípio da separação de poderes”* ALMEIDA, MARIO AROSO.- CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *in*, Comentário ao código do Processo nos Tribunais Administrativos, cit. pp., 1089.

Neste sentido é ainda defendido pelos autores que na medida em que a Administração teve a oportunidade de se pronunciar – praticando o ato devido, não se verifica a violação do princípio da separação dos poderes porque esta subrogação só ocorre por estarmos perante um acto vinculado e *“como o título executivo já especifica, sem margem para duvidas, o conteúdo que o acto deve ter, não está reservado ao órgão obrigado a emití-lo em papel co-constitutivo na determinação do conteúdo do acto, que torne imprescindível a sua intervenção”*.

A este respeito, nos termos do artº 71º do CPTA entendem ainda os autores que os tribunais devem condenar a administração à emissão de atos administrativos nos casos em que as normas aplicáveis *in casu* excluam, *ab initio*, a possibilidade de formulação de valorações discricionárias, bem como nos casos em que só exista uma solução com plasm legal.

Outra situação será ainda aquela que resulte dos casos em que não obstante o poder discricionário seja uma decorrência legal, o tribunal tenha reconhecido, na sentença de condenação estar perante uma situação em que a margem conformadora foi circunscrita – casos em que as concretas circunstâncias do caso eliminam a possibilidade de escolha.

*situação jurídica tal como se verificaria no presente se, hipoteticamente, a conduta administrativa ilegal em causa não se tivesse verificado - ou seja, aquilo que habitualmente se designa com reconstrução da situação atual hipotética*²⁰⁴”.

É possível a dedução de que a lesão, decorrente do ato unilateral praticado pela administração, abarca, em regra e simultaneamente, a pretensão anulatória e a pretensão reconstitutiva restauradora da esfera do particular lesado.

Como diz Marcelo Rebelo de Sousa²⁰⁵, “a pretensão à reconstrução da situação hipotética fundamenta-se também, em última análise, no efeito *represtinatório* da anulação e da revogação por invalidade de actos administrativos.

O efeito *represtinatório* consiste na destruição das situações jurídicas criadas pelo acto inválido e na revivescência das situações jurídicas preexistentes que aquele pretendeu ilegalmente modificar...”.

Entende-se pois que o mesmo será de aplicar às situações em que o ato inválido impediu a alteração do *status quo* do particular, *id est*, ao não permitir que se tenha constituído uma relação jurídica de emprego público.

O que o particular pretende é necessariamente a reposição da situação de que era titular antes da atuação que configurou a alteração – negativa – do seu *status*.

No entendimento do mesmo autor, partilhado por nós, uma vez anulado o ato administrativo, a administração está obrigada a executar a sentença de anulação, obrigação essa que consiste, *grosso modo*, na reconstrução *in natura*, ou seja, sempre que possível na reconstrução da situação atual hipotética²⁰⁶.

Entenda-se ainda outra coisa, esta obrigação, independentemente da sentença que obrigue a tal, é uma decorrência do princípio da legalidade que deve nortear toda a atividade da administração.

A administração, identificado o erro, está naturalmente compulsada no dever de eliminar a ilegalidade cometida.

²⁰⁴ SOUSA, MARCELO REBELO DE, MATOS, ANDRÉ SALGADO, *in*, Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa, cit., pp., 464.

²⁰⁵ pp., 465, ob.cit.

²⁰⁶ No mesmo sentido, ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *in*, A justiça Administrativa, diz que “a administração tem o dever de *executar* a sentença, pondo a situação de facto de acordo com a situação de direito constituída pela decisão judicial de anulação – isto é, reconheceu-se e definiu-se a existência de um efeito “*represtinatório*” ou, mais amplamente, de um efeito *reconstitutivo* ou *reconstrutivo* da sentença, que impõe, na medida em que tal for necessário e possível (sem grave prejuízo para o interesse publico), a reconstrução da situação que teria existido (deveria ter existido ou poderia ter existido), se não tivesse sido praticado o acto ilegal ou se o acto tivesse sido praticado sem a ilegalidade – *princípio da reconstrução da situação hipotética actual*” cit., pp., 321.

Quer a reconstituição da situação atual hipotética, quer a responsabilidade civil são pretensões verdadeiramente substantivas que emergem imediatamente no momento da prática do ato ilegal e não só no momento da sua eliminação.

A reconstituição da situação atual hipotética é em tudo idêntica à formula oferecida pelo art.º 562º do Código Civil, segundo a qual “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

Esta pretensão à reconstituição da situação atual hipotética não se deve confundir com o instituto da responsabilidade civil, pelas mesma razões que levam à distinção desta e às pretensões ao restabelecimento das posições subjetivas violadas²⁰⁷.

Não raras vezes, a reconstituição plena da situação daquele que foi lesado implica a cumulação da reconstituição da situação atual hipotética com o instituto da responsabilidade civil²⁰⁸.

Deve ainda referir-se que o instituto da responsabilidade civil da administração “sofreu uma evolução relativamente rápida e largamente favorável ao particular.

O principio da irresponsabilidade do Estado e demais entidades públicas – e, portanto, da administração – deixou de ser a regra²⁰⁹...”.

Atualmente, a responsabilidade civil extra contratual do Estado rege-se pela Lei 67/2007 de, 31 de dezembro, entretanto alterada e republicada pela Lei 31/2008 de 17 de Julho.

Devemos ter sempre presente que o recurso ao instituto da responsabilidade civil será sempre uma tutela secundária ao contrário do que acontece com a reconstituição da situação atual hipotética e quando a lei manda restituir a situação hipotética daquele que foi lesado por um ato anulável, o efeito pretendido é o do fazer desaparecer na íntegra, os efeitos produzidos

²⁰⁷ No mesmo sentido, SOUSA, MARCELO REBELO DE – MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, ob., cit.

²⁰⁸ A responsabilidade civil da administração pode ser delitual, pelo risco ou por facto lícito.

Sendo que a responsabilidade delitual deriva de uma conduta que é contrária à ordem jurídica, nestes casos em regra, estaremos perante uma conduta da administração que não obstante não ter praticado qualquer facto ilícito e culposo, a sua atuação provocou “um dano que exorbita da esfera de risco do lesado” cit.,pp.,. 414, SOUSA, MARCELO REBELO DE – MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, ob., cit.

A responsabilidade civil que poderá ser assacada à Administração, em regra, será a responsabilidade civil por facto lícito, sem invalidar que se verifiquem os requisitos de que depende a sua verificação, facto voluntário, ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade, se bem que, nesta modalidade – da responsabilidade civil por factos lícitos – existe uma presunção de culpa, sendo assim, a par da responsabilidade pelo risco, uma modalidade de responsabilidade objetiva.

²⁰⁹ MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE, Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, coordenação de Fausto Quadros, *Da responsabilidade civil da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, cit., pp., 125.

por esse ato lesante, através da reintegração da legalidade por ele violada e não a reparação ou minimização dos danos²¹⁰.

Um dos problemas que se poderão colocar será naqueles casos em que, *prima facie*, simplesmente, a reconstituição da situação atual hipotética não seja possível.

Aí a única tutela “disponível” de que o particular poderá lançar mão será o recurso à responsabilidade civil.

No entanto, não sendo esta uma tutela primária, entende-se que não será apta a produzir todos os efeitos pretendidos.

O particular lesado terá de contentar-se com a tutela “disponível”, mas, no limite, tratar-se-á apenas de uma minimização ou de um ressarcimento mínimo dos danos e nunca de uma tutela efetiva e capaz.

Num hipotético caso, no quadro dos procedimentos concursais, se se viesse exigir a um particular uma relação jurídica de emprego público, previamente constituída, para que se pudesse candidatar a determinado procedimento concursal, uma sentença tardia – nos termos da proferida no exemplo real dado – poderia implicar um prejuízo incalculável e no limite, fora do alcance de qualquer tutela.

Ele não poderá ser opositor àquele procedimento concursal entretanto aberto quando, em condições normais, o deveria poder ter sido.

Difícilmente, mesmo ao nível do instituto da responsabilidade civil, o particular lesado cuidará de ver o seu problema resolvido, tanto mais que o próprio cálculo dos danos se mostra de *mui* difícil concretização.

Será muito difícil, talvez mesmo impossível, calcular os danos decorrentes de uma situação como a demonstrada.

O particular, não terá como provar que chegaria ao fim do procedimento concursal – ao qual se viu impedido de concorrer - em posição na lista de graduação final que lhe permitisse ocupar a vaga.

Difícilmente, para o particular, se poderá concretizar e efetivar plenamente a justiça, porque poderá não ser possível reconstituir todas as situações hipotéticas²¹¹ que poderiam ter-se ocasionado não fora o ato administrativo ilegalmente cometido.

²¹⁰ SOUSA, MARCELO REBELO DE – MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, ob. cit.

²¹¹ SOUSA, MARCELO REBELO DE – MATOS, ANDRÉ SALGADO, ob., cit., defendem a este respeito que, nos casos em que o ato ilegal da administração tivesse efeito extintivo ou modificativo de uma relação jurídica entre o particular lesado e a administração, o que sempre ocorrerá nos caso dos procedimentos concursais, “a reconstituição decorrente do caráter retroativo da anulação ou revogação implica a

E ainda que recorra ao instituto da responsabilidade civil, esta poderá apenas ser um minimizador ou compensador dos danos sem nunca oferecer a tutela desejada, que, em princípio, não seria a compensação pecuniária.

Acrescem ainda, como referido, aqueles casos em que simplesmente uma e outra pode não ser possível.

Cumpra ainda ver de que modo se poderá efetivar esta pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, sendo que esta poderá ocorrer por via administrativa e por via jurisdicional.

De qualquer modo, a concretização pragmática será a mesma - a eliminação de todos os efeitos decorrentes da prática dos atos administrativos inválidos por parte da administração.

A mera eliminação do ato lesivo nem sempre permite a justa e integral recomposição da situação.

Assim, o objeto do processo não poderá ser delimitado apenas em função do ato a destruir, isto porque, desse modo, como exposto, não seria possível “satisfazer totalmente a pretensão substantiva do particular”²¹².

Na linha do que defende Cabral de Moncada, “uma tutela efetiva é apenas compatível com uma ampla modificação das concepções sobre o que é o objeto do processo”²¹³.

Na mesma linha de raciocínio, continua o mesmo Autor a defender que “ a anulação do acto tem prioridade apenas lógica e não material para a reparação da lesão”²¹⁴, podendo esta exigir muito mais que não a mera anulação do ato.

E conclui “com efeito, uma vez impugnado o acto administrativo, o juiz como que fica hoje em dia dele liberto pois que a impugnação apenas serve de pretexto para que o juiz aprecie a relação jurídica material que lhe subjaz que é como quem diz, a vastidão dos”²¹⁵

revivescência da relação jurídica em causa nos termos anteriores ao acto anulado e a conseqüente emergência, para o interessado, das pretensões creditórias correspondentes àquela que poderia ter sido o normal desenvolvimento da relação jurídica durante o período decorrido até à anulação ou revogação, e , para a administração, dos simétricos deveres de prestar”. O problema, como supra exposto, poderá residir no cálculo das pretensões creditórias.

²¹² No mesmo sentido, MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE, ob., cit.

²¹³ *idem*, cit. pp., 891.

²¹⁴ Cit.,pp., 891, ob. cit.

²¹⁵ *sic*.

direitos dos particulares lesados pela conduta administrativa, sem se considerar restringido aos efeitos do acto que definiu o direito naquele caso concreto”²¹⁶.

Pelo que temos vindo a expor, no âmbito das garantias dos particulares relativamente ao acesso ao emprego público, bem como em sede de execução de sentenças, há ainda um longo caminho a percorrer, porque a realidade se alterou e porque essa mesma realidade se altera frequentemente.

Um modelo processual, nos moldes do pretendido na presente dissertação, poderá, impedir que encadeada e conseqüentemente se pratiquem atos feridos de ilegalidades e, simultaneamente oferecer maiores garantias aos particulares.

²¹⁶ MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE, ob., cit., cit., pp., 892.

Capítulo III

1. Inferência sumária - A identificação/ concretização das lacunas - Preâmbulo de uma solução possível e capaz - O direito a uma tutela *efetiva*

“Não é de hoje que no espaço europeu se assiste à criação de um *ius commune* europeu no domínio jurídico-administrativo, incluindo jurídico-processual, na dupla dimensão de criação de um direito administrativo de matriz europeia e de convergência dos sistemas jurídicos administrativos dos diversos Estados europeus²¹⁷”.

O princípio do direito à tutela jurisdicional efetiva²¹⁸ tem como principal dimensão a garantia à prolação de uma sentença em prazo razoável, de modo que se permite que a mesma seja útil no caso em decisão.

O direito a um processo efetivo e temporalmente justo é uma garantia fundamental fixa no direito processual do nosso ordenamento jurídico, mas também em grande parte de outros ordenamentos jurídicos europeus.²¹⁹

²¹⁷ FONSECA, ISABEL CELESTE M., *in*, Processo Temporalmente Justo e Urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça Administrativa cit., pp., 211.

No mesmo sentido, MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE “A efetividade da tutela jurisdicional é hoje uma característica também endémica do direito europeu.

O Tribunal de Justiça, desde a sentença de 15-5-1986(processo Johnston) e suas subseqüentes, orienta a sua jurisprudência no sentido da tutela jurisdicional *efectiva*, arvorada a principio fundamental do direito europeu e consubstanciada, entre outros aspectos, na adequação dos meios de acção, sejam eles meramente declarativos, condenatórios ou cautelares, indo desde o direito subjetivo ao interesse legítimo, no contencioso de normas, no contencioso da omissão administrativa, dos actos preparatórios lesivos, designadamente pre-contratuais, na ampla acção ressarcitória e nos claros poderes de pronuncia do juiz nacional designadamente na condenação da administração, arvorado juiz comum do direito comunitário europeu.

Assim se desenvolveu um direito europeu do contencioso administrativo que influenciou de perto todos os direitos internos dos estados membros, pp., 866, ob., cit..

²¹⁸ Nas ultimas décadas, os principios gerais no concernente ao à protecção jurisdicional têm vindo a ser desenvolvidos tanto pelo Tribunal de Justiça como o TE no sentido de oferecer uma maior concretização a este principio.

²¹⁹ Por exemplo a constituição Espanhola estatui no seu art.º 24 n.º 1 que “ Todas las personnas tiennen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningun caso, pueda producirse indefension”.

Para Marioni²²⁰, o direito fundamental da tutela efetiva, é o mais importante de todos os direitos fundamentais, na medida em que é ele que consubstancia e garante a efetividade de todos os outros direitos fundamentais.

A efetividade pressupõe que os direitos reconhecidos sejam cometidos, executados.

Com isto pretende-se dizer que não basta que o direito esteja consagrado e seja reconhecido pelos ordenamentos jurídicos, é necessário dotá-lo de mecanismos que o concretizem.

Na linha do que se tem vindo a defender, é pois necessário que, dentro desses ordenamentos jurídicos, onde o princípio da tutela (jurisdicional) efetiva se encontra positivado, existam mecanismos capazes de lhe conferir a plenitude e a eficácia na qual radicou a sua edificação.

É imperioso que os mecanismos processuais existentes sejam os adequados e que permitam obter uma resposta jurisdicional, em iguais proporções, justa, célere e eficaz, não bastando que se consagre e considere em abstrato o direito à ação, não obstante ser imperioso que este exista.

Para que a tutela, considerada numa concepção ampla, possa ser efetiva, não pode ser alheia às diferentes necessidades do direito material nem tão pouco à realidade social constatada em cada momento.

E retomando a ideia já avançada, o processo ordinário não é o adequado, nem tão pouco o mais capaz para tutelar todas as situações sobrevindas do direito substantivo.

A própria Doutrina e a Jurisprudência não podem ficar indiferentes à realidade social eminente nem tão pouco ao direito material existente.

A sociedade atual não aceita a morosidade processual derivada da ordinariade processual. A sociedade contemporânea tem exigências maiores.

Além disso, a ideia romântica de que uma tutela tardia é ainda um tutela e que a mesma é capaz de compensar e de repor, *a finale*, toda a situação hipotética, é uma ideia residual, completamente desfasada da realidade, e que apenas resiste, porque não há em paralelo outra ou melhor solução.

A morosidade processual, essa patologia crónica que permite a manutenção de um *status quo* lesivo – pelo menos para uma das partes - não pode ser nunca eliminada, mas, criando-se alternativas válidas, é possível a minimização dos danos.

²²⁰ MARINONI, LUÍS GUILHERME, O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.

O desejável seria que o processo não prejudicasse nunca o sujeito processual que aparentemente tem razão e em quem a demora tem um efeito mais nefasto.

O sistema deve encerrar em si mesmo mecanismos que permitam racionalizar e fazer uma distribuição equitativa dos danos entre as partes envolvidas²²¹.

O legislador infra-constitucional está pois obrigado a construir procedimentos que tutelem da forma mais adequada, efetiva e tempestiva os direitos e interesses de todos os atores envolvidos, estando ainda na obrigação de prever mecanismos que façam a distribuição equitativa dos danos emergentes da morosidade processual.

E esse ónus, não pode em nossa opinião, passar apenas ou majoritariamente pela tutela cautelar, porquanto esta não oferece a certeza e segurança jurídica necessária.

É preciso sim, criar tutelas jurídicas diferenciadas e adequadas quer à realidade quer às necessidades sociais identificadas em cada momento, que protejam as diferentes posições específicas, através de um procedimento neutro, célere e eficaz e mais que tudo acessível.

Tudo isto porque, para correlacionar uma tutela específica, dirigida, e as diferentes necessidades do direito material, é impreterível que existam formas procedimentais diversificadas para o efeito.

É utópico e pouco racional equacionar sequer que devam existir tantos procedimentos quantos as necessidades carentes de tutela, contudo, identificando-se os problemas é possível senão mesmo imperativo, criar soluções diversificadas e abrangentes que diluam quer a morosidade processual quer o efeito indesejável da mesma.

Aparte as garantias administrativas, o particular só poderá lançar mão dos mecanismos processuais constantes do CPTA, sejam eles ordinários, urgentes (autónomos) ou cautelares.

O recurso aos mecanismos cautelares apresenta requisitos muito estreitos, como já tivemos oportunidade de referir²²²

Por outro lado, os mecanismos ordinários não oferecem a eficácia ou a tempestividade desejada.

²²¹ Num procedimento concursal em que haja reclamação da lista de ordenação final, que em regra terá efeito suspensivo, que exclua um ou mais candidatos deveria haver um mecanismo que harmonizasse os direitos e interesses de todos os intervenientes, *id est*, os interesses dos candidatos excluídos, que carecem de ver a situação rapidamente resolvida, os candidatos admitidos, que vêm o procedimento concursal estagnar, e a própria Administração.

²²² Vide nota de rodapé 141

Não se vislumbram, *a priori*, problemas de maior na criação de um mecanismo processual autónomo capaz de oferecer uma solução peremptória no exato momento em que os problemas aparecem, *id est*, no momento em que os candidatos são excluídos.

A solução a apresentar, poderá e pretende ser o dispositivo que permite que os concursos não se arrastem durante anos, ou que, eventualmente, resultem decisões, leia-se sentenças, para “emoldurar” ou que não possam ser cumpridas e executadas na íntegra.

O prejuízo, como fomos identificando ao longo de todo o presente trabalho, é transversal, tocando, de uma ou de outra forma, a esfera de todos os intervenientes.

Dos candidatos excluídos e dos admitidos, que vêm o procedimento estancar enquanto se decidem dos recursos interpostos, ou posteriormente quando têm que lançar mão da ação administrativa especial e só muito tardiamente terão o seu problema resolvido e da própria administração, porquanto não vê os postos de trabalho preenchidos com a necessária mão-de-obra.

O tempo assume pois toda preponderância, e tem igual importância para todos os intervenientes, ainda que seja coincidente nem compatível entre todos os particulares.

11. O Tempo a Urgência e o Mérito

“O tempo não se define²²³”.

Todos sabemos o que é o tempo, mas quando alguém nos pede a definição do tempo, além de uma medida temporal, pouco mais conseguimos adiantar. Ao longo do presente trabalho fomos evidenciando a patologia de que padece a justiça, *rectius*, da justiça administrativa, a morosidade da justiça na resolução dos problemas entretanto surgidos.

E a harmonização do tempo de todos os intervenientes não se afigura como simples e tão pouco se pode considerar como adquirida.

Como diz Isabel Celeste M. Fonseca, cada um tem o seu tempo: o do juiz administrativo não coincide com o da Administração e o desta não é compatível com o dos particulares.

²²³ FONSECA, ISABEL CELESTE M., Processo Temporalmente Justo e Urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça Administrativa, apud SANTO AGOSTINHO, *Confissões...*, cit., pp., 299-300.

A lei de processo, pretendendo disciplinar o tempo de todos, nem sempre protege, com o melhor instrumento, o tempo especial que cada um destes sujeitos precisa para si próprio²²⁴”

Na realidade, focando a problemática que se pretende atenuar, não parece restarem muitas dúvidas, que é o tempo o aliado mor do insucesso factual da justiça em geral e no contencioso administrativo em particular.

Atualmente, o contencioso Administrativo, regulado maioritariamente pelo CPTA, oferece uma panóplia de soluções e alternativas, mas que ainda assim, no nosso entendimento se revelam insuficientes.

Esta insuficiência deriva claramente da impossibilidade natural do legislador em conseguir tipificar *ab initio* todas as pretensões jurídicas, com cariz de urgência²²⁵.

Logicamente que a duração normal do processo, não pode(ria) impedir a efetividade da tutela jurisdicional efetiva.

Desta tutela efetiva, decorre do plano interno e bem assim do plano do direito processual administrativo europeu, a ideia de que, todos os cidadão têm o direito de obterem decisões de urgência, cautelar ou de mérito, no interesse da defesa dos direitos subjetivos atribuídos.²²⁶

“Não é fruto do mero acaso, que as reformas introduzidas na última década nos Códigos de Processo Administrativo, em Espanha(1998), em França (2000) e em Portugal (2002/2003), todas apresentam como denominador comum a introdução de idênticas técnicas processuais para tutelar situações de urgência”²²⁷

Tanto mais necessária será uma garantia da tutela jurisdicional efetiva de mérito quanto maior a singularidade do problema levado a juízo, e, quanto maior a urgência reclamada pelo caso concreto.

Se bem que o mérito e a urgência não se devam misturam do ponto de vista formal, no instante concreto – e necessário - da realização da tutela efetiva dos particulares, apreciadas pontualmente, não se vislumbram, *à priori*, problemas maiores que o impeçam a materialização de uma solução que abarque quase indistintamente os dois conceitos.

²²⁴ FONSECA, ISABEL CELESTE M., *in*, Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo, cit., pág.13.

²²⁵ Neste sentido, FONSECA, ISABEL CELESTE M. ob. Cit., pp., 90.

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ cit., pp., 91 FONSECA ISABEL CELESTE M. Ob. cit.

Tanto mais necessária será esta ligação, quanto maior for a insuficiência dos mecanismos processuais existentes para a *solutio*, que se pretende, na mesma proporção, rápida, útil e eficaz.

Preferível será ter um mecanismo processual, capaz de produzir uma decisão meritória, que decida para o bem e para o mal, mas que decida naquele momento, no momento em que o problema surja, e não passados alguns anos, pois, quanto mais tempo passar, mais difícil será reconstituir a situação hipotética que existiria.

Neste sentido, a existência de mecanismos urgentes autónomos capazes, é obrigatória, na medida em que só assim, se pode garantir plena e eficazmente, o acesso de todos a um processo efetivo e temporalmente coincidente com a necessidade reclamada pela solução definitiva que se revela imperiosa.

E para isso não bastam os mecanismos comuns, ou até mesmo os mecanismos urgentes “comuns” que o sistema oferece.

A realidade obriga a que se alarguem as possibilidades no sentido de se poder obter a concretização da tutela efetiva que se pretende sempre.

O tempo, deve pois ser considerado um fenómeno sócio-jurídico, que pauta todas as atuações e impõe um ritmo. O compasso é definido pelo próprio legislador quando vem sujeitar os intervenientes processuais a prazos de atuação sob pena de nunca mais poderem fazer valer as suas pretensões.

Ainda no mesmo sentido, na tentativa de minimizar os efeitos colaterais próprios do tempo – patologia já referida da justiça – o legislador, criando mecanismos urgentes, tentou criar uma espécie de tempo de qualidade²²⁸, relacionando assim, em função do resultado final, um tempo diferente para um processo diferente, sempre norteando esta relação especial, pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Também por aqui se vê, que a lei processual se quer harmonizada com a Constituição por um lado e com o Direito Europeu por outro, e esta aliança tríplice concorre toda para o mesmo móbil, *id est*, que a duração do processo não se prolongue por um período de tempo tão grande que comprometa os direitos e interesses legalmente protegidos daqueles a quem o Direito, de uma maneira ou de outra, reconheceu determinado direito.

²²⁸ No mesmo sentido, FONSECA, ISABEL CELESTE M. *Ob., cit.,*.

Mais importante será essa relação qualitativa, Tempo/Processo, quanto maior for a situação urgente e menor a condição pré avistada de uma (im)possibilidade futura de reconstituição da situação hipotética.

Só havendo mecanismos adequados, capazes de dar soluções céleres e em tempo realmente justo, é que se poderá dizer que há uma verdadeira tutela efetiva.

A harmonização entre a relação tripartida garantias - tempo – processo – surge naturalmente como a mais importante forma de responder à própria pressão social de quem pretende uma justiça célere e eficaz.

Como bem diz Isabel M. Fonseca²²⁹ a [urgência é tradicionalmente tida como uma categoria extraordinária e excepcional, aquilo que hoje se revela como realmente novo é somente o facto de ela constituir uma modalidade temporal de acção ordinária].

Aparte a reclamação social e indiferenciada de que “o meu caso é urgente”, a verdade é que, o conceito tradicional de urgência está em plena mutação e evolução, pois o direito é ele mesmo um fenómeno social, sensível às flutuações próprias de um sociedade que aparenta movimentar-se apenas ao *Sprint*, e por conseguinte, também o legislador, apercebendo-se dessa realidade, tenta de alguma forma correspondê-la, tendo criando mecanismos processuais urgentes autonomizados²³⁰.

Essa percepção viria a concretizar-se nas ultimas alterações introduzidas no CPTA.

É evidente que o dano mantém as prerrogativas de sempre, *id est*, tem que ter relevância jurídica bastante que mereça a tutela do Direito e que previamente o interesse ou direito violado seja ele também digno de protecção.

A urgência (meritória), pressupõe, em ultima *ratio*, que a demora patológica da solução possível através de uma acção ordinária, seja prejudicial ao ponto do dano ser dificilmente reparável, seja de que modo for, ou ainda, que para reparar o dano causado tenha que sucessivamente continuar a violar o sistema normativo existente.

Não podemos ainda descurar a questão da ponderação do interesse publico, obrigatoriamente considerado no momento da reconstituição da situação actual hipotética, que não pode ser excessivamente onerado, sob pena de haver causa legitima de inexecução.

²²⁹ *ibidem*, cit., pp. 122.

²³⁰ No mesmo sentido, Isabel Celeste M. Fonseca, “As realidades da sociedade moderna fizeram substituir a urgência provisória ou meramente cautelar pela *urgência – aceleração* na prolação de decisões judiciais de mérito. Logo, a urgência que anda associada ao direito ao processo efetivo tem de ser alargada à urgência que anda associada ao processo temporalmente justo”, *Processo Temporalmente Justo e Urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça Administrativa*, cit., pp., 123 – 124

Como autêntico dogma temos presente apenas que a urgência pode ser qualitativamente diferenciada, justificando uma maior limitação dos direitos e liberdades de todos, mas também, no sentido oposto, e qualificando os diferentes “tipos” de urgência, também esta se deve prestar a oferecer a proteção que só a aplicação correta do direito – existente ou a criar – deve oferecer²³¹.

E tão importante como a existência do mecanismo processuais capazes de tutelar as posições jurídicas dos particulares, é a existência de mecanismos capazes de poderem concretizar e dar plena execução as sentenças emitidas pelos tribunais.

3. A emergência da solução

As garantias dos cidadãos em geral, de modo algum podem ser vistas como um modelo estável e acabado.

Antes sim devem ter a abertura e a elasticidade necessária que lhes permita o (re)ajustamento às novas regras que a sociedade contemporânea dita em cada momento.

A realidade é que é a sociedade que define em cada momento a necessidade de se proceder à tutela de novos interesses ou aos reajustamentos necessários na tutela que exista naquele mesmo lapso temporal.

Consequentemente, o Direito tem que se adaptar, como uma espécie de Camaleão – Lapa, que se cola à realidade emergente e se adapta à mesma, seguindo à mesma velocidade, porque só assim ele será um Direito “dos justos” e mais que isso um direito útil.

Não é possível ter uma noção precisa e insindicável daquilo que possa ser um processo ótimo.

No entanto, é perfeitamente exequível que, uma vez identificadas lacunas patentes, se conjeturem soluções inovadoras e mais que isso capazes de suprir essas falhas identificadas.

²³¹ No mesmo sentido FONSECA, ISABEL CELESTE M., defende que [faz falta um estudo sistemático sobre os tipos de ação urgente administrativa que, partindo da ideia de urgência em sentido amplo, e tendo por base critérios, estabeleça tipos de actividade administrativa por referencia às diversas situações e ao peso e à graduação variáveis da intensidade de urgência e dos desvios ao regime tido como ordinário].

O processo deve ser acessível ao lesado mas aberto a todos, e capaz de oferecer garantias numa base paritária – dentro e sempre que possível - .

Como tantos, somos apologistas de um processo relativamente desformalizado e acessível a todos, (barato quanto possível) mas nunca perdendo de vista aquilo que deve ser o fim último de todos os processos globalmente considerados, *id est*, um processo – justo, célere, útil e eficaz.

O ideia chave do presente trabalho sustentou-se nisso mesmo.

Identificados que foram alguns problemas e lacunas no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal, *rectius*, das garantias (in)efetivas dos particulares nesse plano, procurou gizar-se uma solução que pudesse efetivamente dar uma solução –diferente das existentes - a alguns desses problemas.

As soluções existentes, pelas exegéticas operações a que obrigam, não garantem a efetividade desejável.

Como fomos demonstrando ao longo da presente dissertação, as garantias dos particulares, dentro do quadro traçado, não são, em nosso entendimento, garantias suficientes e capazes.

O arrogo da tutela *efetiva* não se revela capaz de passar do plano teórico para a realidade prática com a eficiência pretendida, não sem os vícios imputados.

Além do mais, como se foi expondo, as soluções consagradas nos vários diplomas legais, aparentam insuficiências e desacertos acentuados, porventura derivantes da velocidade estratosférica e menor ponderação ou rigor com que o legislador cria leis.

Como vimos, um candidato excluído de um procedimento concursal, poderá não ver nunca resposta a reposição do seu *satus quo*, ao momento inicial, não fora a atuação ilegal da administração.

Como alternativa, a reconstituição possível estará eventualmente inquinada, desta feita como novos vícios.

O presente trabalho pretendeu contribuir de alguma forma para que as garantias dos particulares sejam na realidade verdadeiras garantias que não apenas no plano teórico.

Nesse sentido pensa-se como necessário um contencioso específico, com as características apontadas, relativo ao recrutamento e seleção de pessoal, em claro benefício de todas as partes.

É nosso entendimento que o mecanismo processual a apresentar nesta terceira e última parte, é um mecanismo capaz de dar uma solução diferente da existente e que oferece uma maior tutela dos particulares e mais que isso, a vingar, permitiria antecipar a resolução de problemas futuros bem como o desencadeamento de atos sucessivos inválidos.

A ideia, passa sobretudo pela criação de um artigo que preveja uma tramitação urgente e autónoma, que poderá vir a ser inserido no CPTA, no Título IV, Capítulo I, Secção III, artº 100-A, sob a epígrafe **Contencioso de Recrutamento e Seleção de Pessoal na Administração Publica**.

O processo a prever, justifica-se na necessidade da obtenção de uma pronuncia sob o mérito da causa, mais célere e eficaz e no fundo mais eficiente, do que aquela que eventualmente resulta da tramitação ordinária existente, o mesmo se aplicando aos processos cautelares.

O objetivo, não passa por prever individualmente, toda e qualquer situação litigiosa emergente de uma relação prévia à formação de um contrato de trabalho com a administração, porquanto essa tipificação deve ser aberta, mas sim definir um âmbito de aplicação abrangente o suficiente que possa acobertar o maior numero de situações possíveis.

Facilmente se infere que este modelo processual tem que ser todos ele, *ab initio*, tramitado em moldes rápidos, dir-se-á mais, urgente.

A cognição sumária é pois condição para que se possa operar e concretizar tal intento.

2. A *summaria cognitio* como modelo base

“A técnica da sumariedade procedimental e a técnica da sumariedade de cognição são normalmente concretizadas em processos especialmente concebidos para tutelar a urgência”²³².

Como refere Isabel Celeste M. Fonseca, quando o processo esteja previsto para se desenvolver em termos simplificados e abreviados, este pode definir-se como sumário, independentemente deste “encurtamento” processual derivar da [subtração de elementos constantes da estrutura dos processos ordinários comuns]²³³, nomeadamente na [abreviação

²³² FONSECA, ISABEL CELESTE M. *Ob., cit.*, pp. ,933.

²³³ *idem*, cit.pp., 934.

dos termos e das fases, na simplificação dos trâmites e na eliminação de solenidade e na entrega ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* do poder de determinar a estrutura do processo em função da intensidade da urgência e da complexidade da *quaestio facti de cognição sumária* quando, para além de possuir especificidades de matriz procedimental, possuir especificidades que modificam o seu procedimento instrutório]²³⁴.

O processo que se pensa como o mais adequado em função da pretensão da presente tese, é pois um processo especial, *estruturalmente acelerado*.

Na linha dos processos simplificados e urgentes, especialmente concebidos para dar plena efetividade ao direito, já existentes no CPTA, pretende-se adicionar um outro relativo à constituição da relação jurídica de emprego público, *rectius*, ao procedimento que a antecede.

Esses processos urgentes são processos que tramitam de uma forma especial mas que concretizam a sumariedade procedimental – cada um com modelos de simplificação e abreviação próprios²³⁵ - que se pretende importar para o presente trabalho.

Logicamente que será necessário determinar *a priori* a simplificação e a abreviação, seguindo o *modus operandi* utilizado pelo legislador até agora.

3. Fundamentos

A proposta do normativo exposto resulta da articulação de várias disposições constantes de vários códigos reguladores do processo, nomeadamente do Código de Processo do Trabalho, do Código de Processo Civil, do Código dos Contratos Públicos e como não podia deixar de ser do Código do Processo nos Tribunais Administrativos.

Foi intenção projetar uma solução que de um modo, a nível processual, simplificado, aparenta ser capaz de agilizar a conjuntura procedimento-processual.

Assim, o artigo primeiro, prevê a entrada de um requerimento no tribunal – pelo candidato excluído – do qual constem os motivos, os fundamentos e as provas que objetam à sua exclusão do procedimento.

²³⁴ *idem*.

²³⁵ No mesmo sentido, entre tantos, Isabel Celeste M. Fonseca, ob cit.

Logicamente que o candidato excluído tem o ónus alegatório, devendo desde logo provar adequadamente quais os vícios que eventualmente inquinam o ato administrativo lesivo.

No entanto, isto não significa que a administração fique desonerada de provar que deu plena execução à lei (esse ónus deve recair sobre si), podendo e devendo o juiz - quando entenda que a administração não provou de forma concludente aquilo a que estava obrigada - formar uma convicção contrária²³⁶.

Relativamente à repartição do ónus da prova, face ao muito que já foi escrito, o nosso apontamento é apenas referencial, e seria presunção querer acrescentar algo mais.

Para a decisão da causa os factos relevantes serão aqueles delimitados pelo direito aplicável.

Como diz Ana Neves²³⁷, as questões de facto não são autónomas das questões de direito, não sendo possível uma sua análise dijuntiva”.

Como diz Cabral Moncada, a reconstituição das situações materiais que estão na base do pedido feito pelo particular e, em última análise, o próprio princípio da tutela *efetiva*, exigem que o tribunal possa valorizar devidamente a prova oferecida pelo demandante²³⁸, sem que isso vincule de qualquer forma o juiz.

A sua liberdade é total pois que da prova procedimental não resulta qualquer presunção de certeza que deva impressionar o tribunal²³⁹.

A ideia desta forma iniciar o processo, é retirada do Processo Especial, relativo Ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento²⁴⁰, constante do Código do Processo do Trabalho.

Nada invalida que o prazo, para lançar mão deste meio urgente, comece apenas após o recurso interposto, entenda-se do prazo legal para resposta do mesmo do mesmo ou então avançar desde logo para o meio processual em equação.

Assim o particular não ficará subtraído do recurso às garantias administrativas²⁴¹.

²³⁶ No mesmo sentido, entre tantos, Cabral de Moncada, ob., cit.

²³⁷ NEVES, ANA FERNANDA, *in* Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, *Contencioso da Função Pública*, cit. pp., 242.

²³⁸ *idem*, cit., pp., 925.

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ Nos termos do disposto no artº 98-C.

²⁴¹ No entendimento também perfilado por nós, nada obsta a que o interessado prescindia do efeito suspensivo do prazo, por efeito da interposição da reclamação ou recurso hierárquico.

A opção ficará sempre a cargo do particular, mas tendo-se-lhe oferecido a possibilidade de poder obter “o mais”, *maxime*, uma decisão de mérito, a decisão de eventualmente ficar prejudicado - pedindo “o menos” - será dele.

De seguida, (número dois) o juiz notifica a administração, *rectius*, o dirigente máximo do órgão ou serviço responsável pela realização do procedimento concursal, para que este se possa igualmente pronunciar, oferecendo-lhe o devido contraditório ²⁴², juntando os fundamentos e as provas que conduziram à exclusão do candidato.

Defende-se neste sentido que a administração não possa alegar fundamentos ou factos *ex nullo*, diferentes daqueles em que assentou a exclusão, na medida em que como todos os atos administrativos carecem de estar fundamentados sob pena de serem, em regra anuláveis²⁴³, a administração já teve oportunidade de se pronunciar fundamentadamente, e também porque só desse modo o candidato poderá exercer plena e cabalmente o seu direito de defesa, porquanto sabe com o que conta e terá feito a sua defesa considerando isso mesmo.

O conceito inerente ao facto de consagrar apenas dois articulados, baseia-se um pouco naquilo que acontece no processo sumaríssimo, de modo a que o juiz possa apreciar rapidamente todas as questões.

A *summario cognitio* é pois uma característica desejada e inerente a todo este mecanismo processual.

Um articulado para cada parte aparenta ser suficiente e o necessário, de modo a que todo o processo não retome as vicissitudes que foram sendo apontadas.

O juiz deve decidir no prazo de dez dias, salvo quando a extraordinária complexidade do processo assim o fundamente, caso em disporá de vinte dias para o efeito (número três e quatro)

A ideia subjacente volta a ser a mesma, ou seja, a de tornar todo o processo rápido e simples, não descurando de contemplar as situações em que pela especial complexidade do

²⁴² O contraditório aqui formalmente contemplado e obrigatório, não pode consistir, como referido, na alteração dos fundamentos que levaram à exclusão do candidato.

Nesse sentido é mais uma formalidade necessária que outra coisa, na medida em que a administração já teve oportunidade de se pronunciar e fundamentar a sua decisão, porquanto o particular, no requerimento que apresente em tribunal, há-de identificar o ato impugnado bem como a fundamentação do mesmo.

²⁴³ Poderão no entanto ser nulos se contenderem com o conteúdo essencial de um direito fundamental.

processo ou pela própria dimensão do mesmo, se reclama um período de tempo relativamente superior para que o juiz possa decidir.

O número cinco do articulado propõe-se evitar, potenciais delongas da administração na prática de todos os atos materiais tendentes à efetivação e concretização da sentença, em claro prejuízo do particular e da própria administração.

Resulta da conjugação do artigo 5º artigo 6º, do articulado proposto, que a aplicação da sanção pecuniária compulsória²⁴⁴ tem como requisito expresso, o incumprimento por parte da administração sem uma justificação aceitável.

Esse apontamento mais não é que um prolongamento do que já é instituído pelo CPTA.

Nestes casos, estaremos perante uma inexecução ilícita de uma decisão judicial, nos termos do artº 159º do CPTA.

Relativamente aos prazos, e face à introdução estratégica do artigo proposto, visto tratar-se de um processo urgente autónomo, toda a tramitação deve obedecer ainda ao disposto no artigo 36º do CPTA.

Uma solução nos moldes da configurada, poderá evitar dispêndios desnecessários do erário publico, oferecer uma tutela capaz e eficiente que *tout court*, beneficia a todos os intervenientes.

Deve ainda relevar-se o facto, de uma solução como esta, poder oferecer uma decisão meritória, sem remeter para momentos futuros – indefinidos – uma resolução que *primum* sempre será tardia, *secundum* poderá não consagrar uma verdadeira tutela em relação aos intentos pretensivos do particular e *tertio* que sempre poderá consistir num prejuízo indeterminado, quer para a administração quer para o particular e para o interesse publico.

O arquétipo deste mecanismo processual é todo ele edificado em torno da urgência, como não podia deixar de ser.

²⁴⁴ A possibilidade da aplicação da Sanção pecuniária compulsória está prevista no art.169º do CPTA, consistindo na condenação dos titulares dos órgãos incumbidos da execução, ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso que, para além do prazo limite estabelecido, se possa vir a verificar na execução da sentença.

Note-se que como defendem Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, a sanção pecuniária compulsória não é uma medida estruturalmente executiva, na medida em que se limita a tentar obter o cumprimento por meio do exercício de coacção psicológica sobre o obrigado, in Comentário ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos, cit.,pp., 1097.

4. De Iure Constituendo

Contencioso de Recrutamento e Seleção de Pessoal na Administração Pública.

ARTIGO 100-A

Pressupostos

1 – O Contencioso de recrutamento e seleção de Pessoal na Administração Pública é aplicável a qualquer ato administrativo que implique a exclusão de um candidato do procedimento concursal, independentemente da fase em que ocorra

ARTIGO 100-B

Tramitação

1 – O processo inicia-se com a entrega pelo candidato excluído, de um requerimento dirigido ao tribunal, de forma articulada, nos 5 dias seguintes à notificação, oferecendo todas as provas e respetivos fundamentos que obstem à sua exclusão.

2 – Apresentado o requerimento, o juiz ordena a notificação do Órgão ou Serviço responsável pela realização do procedimento, para no prazo de 5 dias responder, juntar a fundamentação da exclusão e todas as provas que considere relevantes para o efeito.

3 – Concluídas as diligências que se mostrem necessárias, cabe ao juiz decidir no prazo de 10 dias.

4 – Quando a especial complexidade do processo assim o justifique, o prazo referido no número anterior poderá ser alargado para 20 dias.

5 – Quando o ato de exclusão diga respeito à lista de ordenação final, o juiz, quando seja o caso, determinará o prazo e o responsável para a prática do ato devido ou comportamento concreto a adotar.

6 – O incumprimento da decisão sujeita o titular do órgão ou serviço ao cumprimento de sanção pecuniária compulsória, nos termos do disposto no art.º 169º, fixada pelo juiz na decisão, ou em despacho posterior, sem prejuízo da responsabilidade civil, disciplinar e criminal a que haja lugar.

Conclusão

Feitas as considerações tidas como pertinentes ao longo da presente dissertação, importa pois apresentar as conclusões a que chegamos, tendo em atenção as hipóteses e problemas que foram sendo avançadas ao longo do trabalho. Importa ainda demonstrar como a solução legislativa dirigida a garantir a efetividade da decisão judicial a adotar se revela insuficiente.

A presente dissertação de mestrado teve como objetivo principal, demonstrar que as garantias dos particulares, no que concerne ao acesso ao emprego público, não oferecem o grau de eficácia necessário, reclamado sobretudo pelo princípio da tutela efetiva, *rectius*, da tutela jurisdicional efetiva e, conseqüentemente, apresentar o corpo de um normativo que se pensa capaz de dotar as garantias existentes de uma maior eficácia e de prevenir eventuais problemas que surgem frequentemente e que não têm uma solução tão rápida, útil ou eficaz quanto necessária.

Em causa está a possibilidade de garantir o efeito da decisão final, conjugando o regime da tutela cautelar com o regime da execução de sentenças – de tal forma que ameaçada fica a tutela jurisdicional efetiva dos particulares, bem como as suas garantias, em matérias de acesso ao emprego público.

O ponto de partida para alcançar esse objetivo foi o de analisar as garantias derivadas das soluções legais existentes, considerando, simultaneamente, o direito substantivo e o direito adjetivo.

Neste aspeto particular, foi dado especial relevo à (LVCR), que estabelece os regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, à portaria 145-A/2011 de 6 de Abril, que regula a tramitação dos procedimentos concursais e ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

A metodologia adotada, centrou-se essencialmente na análise da legislação existente e na demonstração, através de casos reais, da insuficiência das garantias previstas no corpo da lei, avançando-se para tal, um conjunto de variáveis que se pensa terem concretizado as insuficiências apontadas.

Assim, no capítulo I, importou, primeiramente, caracterizar o acesso ao emprego público, *maxime*, o regime jurídico subjacente.

Dentro da caracterização do regime que regula o acesso ao emprego público deu-se particular enfoque aos princípios inerentes a esse regime, *rectius*, aos princípios informadores dos procedimentos concursais, nomeadamente ao princípio do mérito, da prossecução do interesse público entre outros, às modalidades que estes procedimentos podem assumir e aos vínculos possíveis para a constituição de uma relação jurídica de emprego público.

A respeito, cuidou dar-se particular relevância ao art.º 47.º n.º 2 da Constituição, pela pertinência e importância do conteúdo deste, que consagra o concurso como regra.

Especificamente nesta matéria, importou fazerem-se alguns desvios na problemática central da dissertação de modo a tecerem-se algumas considerações quanto à desadequação deste normativo face à realidade existente e face à tendencial intersecção entre o regime jurídico do funcionalismo público e o regime laboral privado, com o intuito de concluir que não obstante o concurso ser regra esta não representa a única solução existente e possível.

A essa mesma conclusão, chegou recentemente alguma jurisprudência, inovadora sem dúvida, que cuidamos de referir, de forma a dar concordância prática à diretiva comunitária 1999/70/CE, de 28/06/1999, do Conselho.

Ainda neste primeiro capítulo relevou-se o direito adjetivo existente, para que melhor pudéssemos identificar e concretizar as lacunas e os problemas enunciados, preambulando-se alguns problemas cujo dispositivo legal existente não se revela capaz se dirimir, pelo menos de forma eficaz e avançando uma primeira linha de raciocínio daquele que viria a ser o objectivo em que radicou a presente dissertação.

No segundo capítulo, cumpriu essencialmente demonstrar a insuficiência da protecção dos particulares, no que tange ao acesso ao emprego público, hipotizando-se um conjunto de variáveis, com o objetivo de identificar e materializar algumas lacunas identificadas inclusive ao nível da execução das sentenças.

Para o efeito, foram utilizados de casos verídicos de modo a concretizar as deficiências e insuficiências apontadas.

Neste aspecto em particular, importou ainda enfatizar que a solução avançada pelo artigo 50.º da portaria é uma solução redutora, que o seu critério e âmbito de aplicação tem um grau de abrangência diminuto, sendo a sua aplicabilidade prática igualmente reduzida, e que, as garantias constantes no CPTA não oferecem o grau de tutela necessário.

Relevou sobretudo demonstrar que a Ação Administrativa Especial, ou os mecanismos processuais cautelares não se mostram, por razões diferentes, como meios adequados a realizar a tutela efetiva dos particulares.

A primeira devido à morosidade inerente à generalidade dos processos administrativos, os segundos pela subsidiariedade característica deste tipo de processos e pela dificuldade de em concreto se conseguir demonstrar que todos os requisitos de que depende o decretamento de um procedimento cautelar estão preenchidos.

Importou ainda neste segundo capítulo, evidenciar que em sede de execução de sentença, a tutela dos particulares fica subtraída e limitada àquilo que for possível e calculável no momento em que a sentença esteja apta a produzir os seus efeitos por conta das soluções que o atual sistema põe à disposição dos particulares.

Na linha de orientação do que foi sendo dito e em consequência das posições assumidas, o terceiro capítulo desta dissertação, cuidou, *primo*, demonstrar que é urgente uma solução nos termos e moldes da apresentada.

Secundo, demonstrada a urgência do arquétipo processual equacionado, importou definir qual a base que o mesmo devia ter como fundamento, concluindo-se nomeadamente que o modelo adoptar na sua criação deveria ser o da *summario cognitio*, característico dos processos urgentes.

Tertio, importou ainda fundamentar adequadamente o modelo final daquele, que foi desde o início, o objetivo desta dissertação, *id est*, a criação de um mecanismo de tramitação urgente e autónoma que permita suplantar as insuficiências garantística apontadas ao longo do presente trabalho.

Fazendo uma síntese global, a tarefa levado a cabo não se revelou particularmente fácil, porquanto todo o regime jurídico inerente à função pública foi recentemente sujeito a profundas alterações e não pode igualmente ser olvidado a reforma de que foi alvo contencioso administrativo.

Concluindo, ao lado dos processos urgentes e autónomos urgentes (existentes), deve figurar uma outra forma processual, igualmente dotada das características urgência e autonomia, cujo *nomen jûris* pode ser *contencioso de recrutamento de seleção de pessoal na administração pública*.

Pretende-se que esta forma processual tutele direitos específicos caracterizados sobretudo pela necessidade de uma tramitação urgente, analogamente aos casos já previstos

de contencioso urgente, sem que para tal seja necessário alterar os princípios tradicionais estruturantes do processo que antes exigem apenas serem reajustados e readaptados à realidade.

A consagração do *princípio da proteção judicial efetiva* implica que sejam ultrapassados os formalismos processuais que eventualmente possam afetar desrazoavelmente a proteção judicial que aos cidadãos é reconhecida²⁴⁵.

Obviamente que, como todos, o presente trabalho apresenta uma solução com defeitos e lacunas que carecem de ser supridas, ficando aquém do necessário. Mas esta necessidade é própria da construção permanente que a sociedade reclama do direito.

Igualmente inegável é, que a solução proposta se revela inovadora nesta matéria e mais que isso, essencial no sentido de dotar os particulares de garantias eficazes na tutela dos seus direitos.

Em suma, atenta a inquestionável importância que a contratação pública, no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal tem no contexto sócio-económico, não causa especial estranheza que o contencioso associado a esta matéria revista uma complexidade assinalável.

Devemos ainda ter presente a ideia de que a ausência de meios contenciosos eficazes, colidem abertamente com direitos fundamentais dos particulares,

A partir da análise efetuada, esta pode perfeitamente ser uma solução, reitera-se, sujeita a melhoramentos e aperfeiçoamentos, capaz de por cobro a um conjunto de problemas - que fomos avançando - no âmbito do recrutamento e seleção de pessoal para a administração pública, permitindo desde logo que se faça, por um lado, uma seleção, em tempo real, dos melhores, evitando por outro, que o estado se veja na obrigação de contratar para os seus quadros trabalhadores se poder aferir verdadeiramente do seu mérito ou da sua capacidade e mais importante que tudo, esta solução oferece um nível de garantia e protecção aos particulares, sem colidir ou desconsiderar em momento algum, o princípio da prossecução do interesse público e todos os outros princípios subjacentes à relação entre a administração e os particulares.

Em resposta a algumas perguntas que forma sendo feitas ao longo da presente dissertação, facilmente podemos concluir que as garantias - existentes - dos particulares não são eficazes.

²⁴⁵ MAÇÃS, FERNANDA, *in*, Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I, O debate Universitário, pp., 455 e ss.

Considerando os meios processuais, a AAE, pela morosidade “genética” na garante, pelo menos eficazmente a tutela do particular, que pode ver a sua pretensão apenas reconhecida passados vários anos.

Para além disso, como fomos referindo, pelo decurso desse lapso temporal, a reconstituição da situação atual hipotética poderá não ser possível.

Consequentemente restará como solução o recurso ao instituto da Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado. Contudo, sendo esta uma tutela secundária, não se revela capaz de tutelar adequadamente a pretensão do particular.

No âmbito dos problemas surgidos nos procedimentos concursais, não se trata, de receber uma qualquer compensação pecuniária pelo dano causado, trata-se antes sim de recolocar o candidato na situação em que estaria, muitas vezes, em termos simples, trata-se de permitir que o particular possa ingressar nos quadros da administração.

As medidas cautelares, pela grau de certeza que não oferecem e pela sua instrumentalidade característica, também não se adequam às pretensões avançadas.

Por fim resta a válvula de escape oferecida pelo art.50º da portaria.

Como tivemos oportunidade de ver, o critério e o âmbito de aplicação subjacente, é extremamente restritivo e exigente, não contemplando ou não sendo aplicável, em nosso entendimento, em inúmeras situações que tivemos oportunidade de descrever.

Ainda que se possa entender de outra maneira, então, a solução decorrente desse configuração legal está ela ferida de ilegalidade.

Independentemente do mecanismo usado, a execução de uma sentença que condene a administração a contratar revela-se particularmente difícil, pelas razões já apontadas.

Somos pois apologistas que o paradigma tenha que ser alterado.

Nesse sentido, uma solução como a avançada na presente dissertação, poderá evitar um agregado de problemas e invalidades ou ilegalidades consequentes.

Para tal, entendemos como conveniente que o procedimento pare, no exato momento em que haja um ato lesivo na esfera do particular, seu opositor, e que não retome o seu andamento enquanto não houver uma decisão definitiva e meritória.

Uma solução deste tipo permite que desapareçam os problemas advindos de uma sentença tardia, que o estado não tenha que pagar avultadas quantias a título de indemnização, que o interesse público fique duplamente protegido, porquanto o estado não se veja na obrigação de

contratar mais recursos humanos do que aqueles que precisa e mais que isso, que contrate os melhores e só esses.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de – CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos*.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 3º Edição Revista e Actualizada, -Almedina 2004.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Sobre a Autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos*, reimpressão, 2004.
- AMARAL Diogo Freitas do, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, Almedina, 1997.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª Edição (8.ª Reimpressão da 2.ª Ed. de 1994), Coimbra: Almedina, 1994.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *et al.*, *Código Procedimento Administrativo Anotado*, Legislação Complementar, 5.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- AMARAL, Diogo Freitas, ALMEIDA, Mário Aroso de, *Grandes Linhas da Reforma de Contencioso Administrativo*.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2006.
- BERMAN, Evan M.; Bowman, James S., *Human Resource management in Public Service – Paradoxes, Processes, and Problems, Second Edition – Sage Publications.inc, 2006*.
- CUNHA, Ricardo Sousa da, *in* Artigo, s.l, *A RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO CONFORME O DIREITO DA UE E À MARGEM DA CONSTITUIÇÃO? - A proibição de abuso na contratação a termo em funções públicas como expressão do Direito Administrativo da União Europeia*
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 4.ª Ed., Madrid: Civitas, 1993*.
- FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José, *Acesso y movilidad de los funcionarios, Escola Galega de Administracion Publica*.
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo, (função e estrutura), Lex, Lisboa 2004*.

- FONSECA, Isabel Celeste M., Tese de Doutoramento, *Processo Temporalmente justo e urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009.
- GASTEIZ, Vitoria, *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, (1996), Oñati, Herri-Ardularitzaren Euskal Erakundea, 1997.
- GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da Republica Portuguesa - Anotada, Tomo I e II*, Coimbra Editora, 2007.
- JUAN JOSÉ, Fernández Domínguez, *Acceso y movilidad de los funcionarios : (sobre la laborización de alguno de los "núcleos duros" del derecho de la función pública)*, Santiago de Compostela : Escola Galega de Administración Pública, 2003, ed.
- JUAN JOSÉ, Fernández Domínguez, *El acceso al empleo público*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, D.L. 2005.
- MACHADO, SUSAN SOUSA, *Contrato de Trabalho a Termo A Transposição da Directiva 1999/70/CE para o ordenamento jurídico português: (In)compatibilidades*, Coimbra Editora, 2009.
- MARIA DA GLÓRIA GARCIA; *Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I, O Debate Universitário (trabalhos preparatórios)*.
- MIRANDA, Jorge – MEDEIROS, Rui, *Constituição portuguesa anotada, TOMO I e II*, Coimbra Editora, 2006.
- MOLINA GARCÍA, Mónica, *El Contrato de trabajo en el sector público*, Granada : Comares, 2000.
- MONCADA, Luís S. Cabral De, *A Relação Jurídica Administrativa - Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos*, Coimbra Editora, 2009.
- MONEREO PÉREZ, Jose Luis et al., *Manual de empleo público : instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las administraciones públicas*, Granada: Comares, 2010.
- MOURA, PAULO VEIGA E – ARRIMAR, CÁTIA, *comentário à Lei nº 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*, Coimbra Editora, 2010.
- NEVES, Ana Fernanda, *Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o contencioso administrativo, Contencioso da Função Pública*.

- NEVES, Ana Fernanda, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume IV, coordenadores Paulo Otero e Pedro Gonçalves, José de Melo Alexandrino, Isabel Celeste M. Fonseca, Almedina, 2010.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública : régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Publicación Madrid : Dykinson, 2003, 6ª ed.
- PASTOR, Jesús Ángel Fuentetaja, *Funcion pública Comunitária*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, tercera edición, Madrid, Civitas, S.A., 1984.
- PIRES Miguel Lucas, *O Contrato individual de trabalho na Administração Pública*, Coimbra Editora, 2006
- PLANTEY, Alain, *Derecho y práctica de la función pública internacional y europea*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Revista da Ordem dos Advogados, Abril de 2002, Intersecção entre o regime da função publica e o regime laboral – breves notas.*
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*,. Publicación Madrid : Tecnos, 2011, 6ª ed.
- Silveira, João Tiago V. Da, *O princípio da tutela jurisdiccional efectiva e as tendências Cautelares não especificadas no contencioso administrativo*, Assistente-estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa, sl.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de – MATOS André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, TOMO III, Dom Quixote, 2009.
- Vários, *Reforma do Contencioso Administrativo*, VOLUME I, O debate Universitário, Coimbra Editora, 2003
- VIRGA, Pietro, *Il Pubblico impiego*, Milano : Giuffrè, 1973, 2º ed.